Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück
geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Vier und dreyßigsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1830.

Wd.
53. D.

BAYERISCHE
STAATS
BIBLIOTHEK
MUENCHEN

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Lib. XXVIII. Tit. I.

Qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiant.

Fortsetzung.

§. 1406. b.

Wahrer Gesichtspunct, aus welchem die Verordnung des Pabstes Innocenz *III.* im cap. 13. X. de testam. zu beurtheilen, und dessen heutige Unanwendbarkeit.

Sollte also der Pabst Innocenz III. durch das *cap.* 13. *X. de testam.* das Römische Recht wirklich aufgehoben haben? Eine ungereimtere Verordnung, als diese, könnte es alsdann nicht geben. Alles hingegen ist in der Ordnung, wenn man die Erklärung annimmt, welche ich in meinem Programm ausgeführt habe. Der große Canonist, Zeger Bernhard van Espen [1]), mag für mich sprechen: Alterum ex hoc INNOCENTII responso habetur, quod si quis in dispositione et voluntate alterius dispositionem rerum suarum sc. extremam contulit, non censeatur decedere *intesta-*

1) Juris eccles. universi P. II. Sect IV. Tit I. Cap. VIII. §. 16. et 17. (*Oper. a Jo. Pet.* GIBERT editor. *Venetiis* 1781. f. Tom. III. pag. 167.)

tus, nimirum ad hunc effectum, *ut vi privilegii Episcopo competat ordinatio rerum defuncti*, tamquam is intestatus decessit. In dieser Beziehung konnte es sehr gleichgültig seyn, ob ein solcher letzter Wille nach dem Civilrecht gelte, oder nicht. Denn in Hinsicht der Form richtete sich ja die Kirche ohnehin nicht nach dem Civilrechte [2]. Daher fährt van Espen fort: Hinc communiter statuunt Canonistae, quod si sufficienter et legitime quocunque modo constet de voluntate defuncti, sufficiat *ad excludendum Episcopum*, vel Capitulum *a rebus clerici defuncti*, tametsi solemne testamentum non sit. Nun kann es

1) gar keinem Zweifel unterworfen seyn, daß das Cap. 13. blos Geistliche angehe. Denn der davon getrennte, und *cap*. 18. X. *de Verbor. Signif.* befindliche erste Theil unsers Textes entscheidet ja die Frage, ob auch Canonici zu den Geistlichen gehören, von denen das cap. 13. spricht.

2) Nur bey den Geistlichen herrschte die Gewohnheit, daß sie die Verfügung über ihren Nachlaß, und den ganzen Inhalt derselben, der Disposition eines treuen Freundes überlassen konnten, dessen Verfügung eben so gültig war, als wenn sie selbst durch Testament darüber verfügt hätten. Daher werden diejenigen, denen diese Verfügung von dem Erblasser aufgetragen war, in den Urkunden des Mittelalters testatores et ordinatores genennt [3]. Daß diese Art letzter Willensverordnungen auch bey den Laien üblich gewesen, ist uner-

2) *Cap*. 10. X. *de testam*. S. Gans Erbrecht des Mittelalters. 1. Kap. S. 139. ff.

3) S. die Beweisstellen in meinem Progr. Sect. II. §. 16. not. 62. (in *Opusc*. Fasc. I. pag. 279.)

weislich. Alle vom Herrn O T R. Schrader [4]) angeführte Urkunden des Mittelalters sprechen blos von Geistlichen, besonders die Verordnung des Cöllner Conciliums von 1266. worin es can. 7. ausdrücklich heißt:

Sed *quilibet clericus* de bonis suis, sicut in vita, ita et in morte testamentum suum faciendi, et de rebus suis disponendi vel per se, vel *per alios, quibus hoc commiserit*, liberam habeat facultatem [5]).

In dieser Synode werden solche Executoren der letzten Willensverordnungen bey den Geistlichen manufideles genennt. Es heißt nämlich weiter:

Et illos, qui contra hoc statutum de bonis et rebus clericorum decedentium ausu sacrilego se iniecerint, nisi sint *ipsorum Clericorum manufideles*, seu ultimarum executores voluntatum, ex nunc sententia excommunicationis innodamus [6]).

Bey den Laien finden sich dergleichen manufideles, als testatores und ultimarum voluntatum ordinatores, nicht. Es hat darüber keine einzige Urkunde des Mittelalters angeführt werden mögen. Sie mußten also, wenn sie nicht gerade ihren Nachlaß zu frommen Zwecken verwendet wissen wollten, wo denn der Bischof Executor des letzten Willens war, nach dem Civilrechte testiren.

4) Abhandlungen aus dem Civilrecht. 1. Bändch. S. 78. f.

5) Mansi Collect. Concilior. Tom. XXIII. pag. 1138.

6) Man vergleiche die treffliche Dissertation von *Franc. Ant* Dürr de manufidelibus in specie ecclesiasticorum tum principum tum privatorum in Germania. *Moguntiae* 1762. (in *Ant.* Schmidt *Thes. iuris eccles.* Tom. VI. Nr. VIII. pag. 328. sqq.)

3) Der Grund, warum die Geistlichen, wenn sie nicht selbst testirten, die Verfügung über ihren Nachlaß Andern überließen, die man manufideles nannte, war theils der, um denselben gegen die damals so gewöhnlichen Ausplünderungen zu sichern [7]), theils um den Bischof auszuschließen, wenn dieser durch ein päbstliches Indult das Recht erhalten hatte, den Nachlaß der ohne Testament verstorbenen Geistlichen seiner Dioeces einzuziehen, und darüber nach seinem Gefallen zu verfügen. Ein solches Privilegium hatte nun auch der Bischof von Auxerre, *Guillelmus de castro Scilligniaco*, wie er von dem ungenannten Verfasser der Geschichte der Bischöfe von Auxerre [8]) genennet wird, erhalten. An diesen ist das *cap.* 13. gerichtet. Er hatte vielleicht dieses Privilegium vom Pabste Innocenz III. selbst [9]) erhalten. Man nannte dasselbe, vielleicht spottweise, denn es war der Geistlichkeit verhaßt, ius spolii [10]). Um die-

7) Die Plünderungen waren im Mittelalter bey den Verlassenschaften der Geistlichen so was Gewöhnliches, daß man in Sprüchwort sagte Pfaffenguth, Raffenguth, Teubel halt den Sack uf. S. Dürr cit. Diss. Cap. II. § 6.

8) Historia Episcoporum Autissiodorensium. Cap. 59. (bey Labbeus pag. 479.)

9) S meine Innocent. III. §. 16. pag. 273.

10) *Just. Henn.* Boehmer Diss. de successione in bona Clericorum. Cap. II. §. 11. Es erstreckte sich aber dieses bischöfliche Spolienrecht nicht blos auf den acquaestus ecclesiasticus, wie *J. H.* Boehmer ad cap. 13. X. de testam. und Dürr Diss. cit. Cap III. § 6. behaupten, sondern auf das ganze Vermögen, welches ein Geistlicher hinterlassen hatte, wie ich in dem angef. Programm. §. 16. pag. 275. bewiesen habe.

ses bischöfliche Spolienrecht auszuschließen, behaupteten nun die Domherrn des Stifts Auxerre, sie wären a) nicht unter den Clericis begriffen, von denen der dem Bischof ertheilte päbstliche Indult spreche, Canonici wären davon unterschieden. b) Der Indult spreche auch nur von clericis *ab intestato* decedentibus. Von Geistlichen aber, welche manufideles ernannt, und diesen den Auftrag gegeben hätten, über ihren Nachlaß nach ihrem Tode zu verfügen, könne man nicht sagen, sie wären intestati gestorben. Um diesem ärgerlichen Streite zwischen dem Bischof und seinen Domherren (dieß heißt hier scandalum [11])) auf immer ein Ende zu machen, rescribirt der Pabst, daß zwar in Rücksicht der ersten Frage, unter der Benennung Clerici allerdings auch Canonici begriffen wären, hinsichtlich der andern Frage aber von demjenigen, welcher seinen letzten Willen der Verfügung eines Andern überlassen hätte, nicht gesagt werden könne, er sey intestatus gestorben. Solchemnach enthält also

4) das cap. 13. blos eine authentische Interpretation des dem Bischof von Auxerre ertheilten Privilegiums, wie aus den Anfangsworten des Textes ganz klar erhellet:

Cum tibi de benignitate sedis apostolicae sit indultum, *quod ordinatio rerum* Clericorum *ab intestato decedentium libere in tua potestate ac dispositione permaneat*, volens omnem materiam *scandali* removere, quod aliquando inter te et tuos

11) Das Wort *Scandalum* hieß in der Sprache des Mittelalters unter andern auch soviel als iurgium, rixa, odium, offensio. S. *Du* Fresne Glossar. und *Dominici* Macri Hierolexicon. h. voc.

Canonicos est subortum, super duobus nos consulere studuisti.

Und die Entscheidung in den letzten Worten: *Quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus*, bezieht sich ohne allen Zweifel auf die bereits bemerkte damalige Gewohnheit der Geistlichen, manufideles zu ernennen, und ihrer Verfügung die Verwendung ihres Nachlasses anheimzustellen, ohne selbst hierüber Etwas zu bestimmen. Dieß beweist ja die voranstehende, dem Pabst vorgelegte Frage: *an illi, sc. clerici, qui in dispositione ac voluntate alterius suam committunt ultimam voluntatem, nihil per se penitus ordinantes, nec determinantes, quid, cui loco, vel personae, conferri debeat, dicantur decedere intestati.* Diese bey der Geistlichkeit allein, sonst nirgends, hergebrachte Gewohnheit, durch manufideles über ihren Nachlaß verfügen zu lassen, so wie die Wirkung derselben, daß ein solcher Geistlicher, welcher manufideles bestellt hatte, blos in der Hinsicht nicht für intestatus zu halten sey, daß der Bischof oder das Domcapitel sich nun keine Disposition über seinen Nachlaß anmaßen dürfe, war nicht nur selbst in den Stifts-Statuten anerkannt und bestätiget, wovon wir mehrere sehr merkwürdige Beyspiele aus den Stifts-Statuten zum Beweise anführen können [12], sondern sie war selbst

12) Zum Beyspiel kann vorzüglich dienen das Statut, welches das Domkapitel des Sct. Petrus Stifts zu Mainz im Jahre 1264. errichtet hat, und bey Dürr in Diss. de manufidelibus. Cap. II. §. 7. not. f. (Tom. VI. *Th. Jur. Eccl.* pag. 347. sq.) folgendergestalt lautet: In nomine Domini Amen. Decanus, Scholasticus, Cantor, totumque ca-

von den Concilien, z. B. dem zu Clairmont vom

pitulum Ecclesiae S. Petri in Maguntia. *De voluntate et consensu unanimi inopinatis casibus et animarum nostrarum saluti propter libertatem ecclesiasticam providere volentes, taliter ordinavimus, atque statuimus, quod quilibet tam Praelatorum quam Canonicorum Ecclesiae nostrae* MANUFIDELES *eligat, qui testamenti seu ordinationis rerum suarum, si quam fecerit, tam mobilium, quam immobilium executores existant. Si autem de rebus suis, inter vivos vel mortuos, nihil disposuerit, et ita decesserit, iidem* MANUFIDELES *de rebus eius disponant, secundum quod saluti animae suae sub periculo animarum suarum viderint expedire. Volumus etiam, et iam inhibemus, ut* MANUFIDELES *de bonis mortui nihil inter se emant, vel in usus suos, quantumcunque vile sit, convertant, sed universa, sive fuerint mobilia, vel immobilia vel utensilia Domus, si de illis nihil certi in vita vel ultima voluntate, ut dictum est, ordinavit, distrahant, et pro remedio animae suae ad pios usus convertant, nisi esset tale quid, quod cum honore vendi non posset; hoc pauperibus, vel alias detur, sicut credant mortuo et honori suo expedire. Si autem aliquid reliquit mortuus, quod* MANUFIDELIUM *aliquis habere desiderat, hoc non inter se vendant* MANUFIDELES *ei, sed Decanus et Capitulum cum eis illi, vel plus offerenti vendant, et ipsi* MANUFIDELES *precium illius cum aliis rebus mortui distribuant. — Haec autem ordinatio quolibet anno in quadragesima infra dominicam Invocavit et festum Palmarum in Capitulo publicetur. Ita si quis testamentum, si quod fecerit, vel Manufideles, quos elegerat, mutare voluerit, super hoc liberam habeat facultatem; alioquin* MANUFIDELES *ab ipso electi remaneant,* CUM NON INTELLIGATUR DECEDERE INTESTATUS, QUI TESTAMENTUM VEL ORDINATIONEM RERUM SUARUM ALTERIUS POTESTATI COMMITTIT. *Hoc nihilomi-*

Jahre 1095. [13]) und dem zu Cöln vom J. 1266. [14]) bestätiget. Daß endlich

5) eine solche Anordnung des Nachlasses durch manufideles nach dem Canonischen Rechte auch von Wirkung gewesen sey, ergiebt sich aus Folgendem. Die manufideles mußten a) mittelst Handschlags an Eides

nus adiicientes, *quod*, *si Canonicus non condito specialiter testamento decedens obligatus debitis non fuerit*, *vel saltem talibus debitis teneatur*, *ad quorum solutionem res suae mobiles sufficiant;* MANUFIDELES *ipsi annum gratiae*, *quem habet in praebenda*, *in alios usus convertere non possint*, *nisi Ecclesiae secundum antiquam consuetudinem hactenus approbatam. Hac igitur ordinatione seu statuto praehabito memorato termino a summo usque ad ultimum quilibet* MANUFIDELES *publice per Decanum nostrum in Capitulo nostro*, *ut moris est*, *elegit*, *et omnia*, *quae praemissa sunt*, *data fide loco iuramenti servare promisit.* Acta haec sunt anno Domini MCCLXIV. Diese Urkunde findet sich auch in GUDENI Cod. Diplomat. Tom. II. Nr. CXIV. pag. 130. Ein anderes Beyspiel führt *Zeg. Bern. van* ESPEN iuris Eccles. univ. P. II. Sect. IV. Tit. 1. Cap. VIII. §. 17. aus den Kapitels-Statuten der vom Pabst Eugen IV. gestifteten Sct. Peters-Kirche zu Löwen an, in denen es heißt: *Item statuimus et ordinamus*, QUOD ILLE NON CENSEATUR AB INTESTATO DEFUNCTUS, *neque poterit Decanus vel Capitulum de bonis eius quomodocunque disponere*, *de cuius voluntate* QUOMODOLIBET *apparet per scripturam publicam*, *aut etiam* QUANTUMCUNQUE PRIVATAM, *seu simplicem sive* NON SOLEMNEM, *manu decedentis scriptam*, *aut saltem subsignatam*, *aut de eius scientia aut scitu sigillatam.*

13) Bey Gratian *can.* 46. *Caus. XII. Qu.* 2.

14) S. oben S. 5.

Statt dem Erblasser versprechen, (loco iuramenti fidem praestiterunt manualem) daß sie den ihnen ertheilten Auftrag treulich vollziehen wollten [15]). Dann mußten sie b) vor allen Dingen über den Nachlaß ein Inventarium aufnehmen lassen [16]); und c) für den Verkauf der Sachen sorgen, welcher durch öffentliches Feilbieten geschahe [17]). Waren Schulden da, so mußten sie diese vor allen andern bezahlen, sie konnten auch deshalb, den Erben gleich, von den Gläubigern belangt werden, so wie sie denn auch selbst die Schuldner des Erblassers belangen konnten [18]). Uebrigens verwendeten sie das Vermögen nach dem ihnen von dem Verstorbenen entweder ausdrücklich zu erkennen gegebenen, oder vermuthlichen Willen desselben, gewöhnlich nach der Sitte des Mittelalters zu frommen Zwecken, welches man in der Sprache des damaligen Zeitalters *pro anima*, *pro animae salute*, *pro animae redemtione*, *pro animae remedio* disponere nannte [19]). Denn den

15) S. Dürr cit. Diss. Cap. I. §. 4. not. l. pag. 335.

16) *Concil. Coloniense* vom Jahre 1300. Can. 10. S. Dürr Diss. cit. Cap. III. §. 12. pag. 362.

17) Dürr c. l. §. 9. pag. 359.

18) S. Dürr Diss. cit. Cap. III. §. 11. pag. 361. *Ge Lud.* Boehmer Observation. iuris eccles. Obs. IV. §. 7. p. 122. und mein Programm §. 16. (*Opusc.* Fasc. I. pag. 287.)

19) Es entsprach dieses ganz der herrschenden Denkungsart des Mittelalters, nach welcher derjenige für einen Gottesverächter gehalten, und verdammt wurde, der, ohne die Armenanstalten und frommen Stiftungen bedacht zu haben, starb. Man vergleiche hier vorzüglich *Lud. Ant.* Muratori Antiquitates Italiae medii aevi. Tom. V. Diss. LXVII. pag. 654. und *G. L.* Boehmer Obs. cit. pag. 125. In

Geistlichen lag nur daran, daß ihr Nachlaß zu ihrer Seele Heil verwendet wurde, daher man auch eine solche Verfügung Seelgeräth nannte [20]). Ueber ihre Verwendungen mußten sie zuletzt dem Bischof des Orts Rechnung ablegen [21]), welcher denn selbst auch, wenn ein manufidelis nicht pflichtmäßig zu Werke ging, als Executor des letzten Willens eines Verstorbenen eintreten konnte [22]). So war denn nach den Kirchengesetzen des Mittelalters Alles in der Ordnung, ohne Einmischung der Intestaterben, oder auch der weltlichen Obrigkeit. Nach dem Kirchenrecht seines Zeitalters konnte also Innocenz III. gar nicht anders decretiren. Er hatte demnach gewiß eben so wenig die Absicht, durch seine Decretale das Römische Recht abzuändern, als er sie vernünftiger Weise haben konnte, denn er entschied ja nach einem damals längst gebräuchlichen, aber doch nur bey der Geistlichkeit gebräuchlichen, Gewohnheitsrechte. Es ist auch schon gar nicht glaublich, daß

dem Not. 12. angeführten Kapitelsstatut des Sct. Petrus Stifts zu Mainz wird es den manufidelibus sogar zur Pflicht gemacht; de rebus defuncti Canonici zu disponiren, *secundum quod saluti animae suae viderint expedire*, und zwar *sub periculo animarum suarum*. Man vergleiche auch mein Programm §. 17. Not. 79. pag. 294.

20) S. die Glossaria german. medii aevi von *Jo. Ge.* Wachter pag. 1499. *Chr. Gottl.* Haltaus pag. 1668. und *Laur. de* Westenrieder pag. 520. voc. *Seelgeräte. Seelengeraet. Seelgräth.*

21) *Clement. un. de testamentis.* (III. 6.) S. Dürr Diss. cit. Cap. III. §. 24. not. z. pag. 375.

22) *Cap.* 3. *X. de testament.*

Innocenz III. den Anton Dadinus Alteserra[23]) mit Recht Jurisconsultorum Pontificem und Pontificum Jurisconsultissimum nennt, seine Zeitgenossen aber Lucerna iuris nannten, das Römische Recht, und zwar in einer der wichtigsten Lehren, zu einer Zeit sollte abgeändert haben, wo dasselbe gerade wieder im Aufblühen war, und das Studium desselben so eifrig getrieben wurde, daß man den Päbsten selbst zum Vorwurf machte, sie sprächen mehr nach den Gesetzen des Kaisers Justinian, als der Kirche [24]); wenn es nicht hier einer altherkömmlichen, besondern, freylich dem Römischen Rechte widerstreitenden, Gewohnheit gegolten hätte, welche denn freylich auch nicht weiter, als auf den speciellen, blos auf Geistliche sich beziehenden Fall angewendet werden konnte. Es wäre auch deswegen gar keine Entscheidung nöthig gewesen, wenn nicht die Canonici des Stifts Auxerre die Behauptung geltend zu machen gesucht hätten, daß sie unter der Benennung Clerici nicht begriffen wären. Eben deswegen war auch gar nicht nöthig, in dem Satze des *Cap.* 13. das Wort *clericus* hinzuzufügen, weil ja in der ganzen Constitution blos von Geistlichen die Rede ist, und überdem ein jeder schon von selbst wußte, daß dieser Rechtssatz blos von Geistlichen gelte, denen das Recht, den ganzen Inhalt ihres letzten Willens aus den oben angeführten Gründen

23) Innocentius III. P. M. *Lutet. Parisior.* 1666. f. in Praef. pag. 1.

24) So schreibt z. B. der Abt Bernhard von Clairvaux in seinem Buche *de consideratione divina*, an den Pabst Eugen *III.* dem er sogar dieses Buch dedicirt hatte: *Perstrepunt in tuo palatio leges, sed* JUSTINIANI, *non Domini. Rectius etiam? istud tu videris.*

der Verfügung eines treuen Freundes pro animae salute zu überlassen, vermöge eines alten sowohl in den Kirchenversammlungen, als in den Stifts-Statuten bestätigten Herkommens zustand, wie ich ausführlich gezeigt habe.

Sollte aber doch nicht etwa das Decretalschreiben des Pabstes Innocenz III. in Gregors IX. Decretalen-Sammlung in der Absicht aufgenommen worden seyn, um als Regel des gemeinen Rechts den Satz geltend zu machen, „daß Jeder seinen letzten Willen, ohne selbst testiren zu dürfen, dem ganzen Inhalte nach der Verfügung eines Andern gültig überlassen könne, ohne alle Rücksicht auf den speciellen Fall, worauf sich eigentlich die päbstliche Entscheidung bezog?"

Dieß ist es nun, was Herr OTR. Schrader gegen meine Meinung zu beweisen gesucht hat. Ich bin dagegen überzeugt, daß wenn man der Verordnung des Innocenz diese Ausdehnung geben wollte, daraus die größte Verwirrung in der Testamentslehre entstehen würde. Denn wäre nach dem Canonischen Rechte ein Testament gültig, worin der Testator nichts für sich selbst angeordnet, und über sein Vermögen verfügt hat, sondern den ganzen Inhalt desselben, quid, cui loco, vel personae conferri debeat, wie es in der Decretale heißt, der Willkühr eines Dritten überlassen hat; so wäre ja hiermit das ganze Wesen des Testaments, welches nur allein in der Einsetzung eines directen Erben besteht, und ohne diese durchaus nicht gelten kann, aufgehoben. Wenn also Justinian §. 34. *J. de legat.* lehrt: testamenta ex *institutione heredum* vim accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius te-

stamenti heredis institutio; wenn ferner Modestinus *L.* 1. §. 3. *in fin. D. de vulg. et pupill. substitut.* sagt: *sine heredis institutione* nihil in testamento scriptum valet; wenn endlich Papinian *L.* 10. *D. de iure codicillorum* gerade darin den Unterschied zwischen einem Codicill und Testamente setzt, indem er sagt: Quod per manus traditum est, codicillis hereditatem dari non posse, rationem illam habet, ne per codicillos, qui ex testamento valent, ipsum testamentum, *quod vires per institutionem heredum accipit*, confirmari videretur; so wären ja nun alle diese Vorschriften des Römischen Rechts durch das Canonische Recht aufgehoben. Zwischen Testamenten und Codicillen wäre nun kein Unterschied mehr, und über die Vorschrift Justinians §. 2. *J. de codicillis*: Codicillis autem hereditas neque dari, neque adimi potest: *ne confundatur ius testamentorum et codicillorum*, könnte man sich nun füglich hinaussetzen. Hiermit hätten denn auch ferner die Vorschriften des Röm. Rechts *L.* 9. §. 9. *D. de hered. instit.* Heres institui, nisi ut certe demonstretur, nemo potest; und *L.* 62. §. 1. *D. eodem:* Quoties non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet; ihren Abschied erhalten. Wenn ferner das Römische Recht *L.* 32. *pr. D. de hered. instit.* eine Erbeinsetzung für ungültig erklärt, *quos Titius voluerit* sc. heredes esse; so kann also nach dem Canonischen Recht ein Dritter nach meinem Tode noch ein Testament für mich machen! Da seiner Willkühr keine Schranken gesetzt worden sind, er also zum Erben einsetzen kann, Wen er will; so würde ich es ihm verdenken, wenn er sich nicht selbst zum Erben einsetzte. Kann

man sich denn aber eine größere Ungereimtheit gedenken, als die, daß der Erbe sich selbst zum Erben einsetzen könne. Wie sieht es denn nun mit dem Senatusconsulto Liboniano aus? Ein solcher Testirer könnte ja auch wohl enterben, wenn er vielleicht erfahren hätte, daß einmal so Etwas zwischen dem Verstorbenen und seinem Notherben vorgefallen sey, was nach der Novelle 115. die Enterbung verdient hätte. Könnte der große Jurist Innocenz dieß im Ernst gemeint haben? Man will jedoch zwey Fälle ausnehmen, wo die Vorschrift des cap. 13. keine Anwendung finden soll, weil sie noch auf einen speciellen Grund gebauet sind, nämlich

1) daß man die im Testamente erlaubte Vormundesernennung keinem Andern überlassen darf, indem hierbey vorzüglich certum iudicium erfordert wird [25]. Allein wird denn nicht auch zur Erbeneinsetzung vorzüglich certum iudicium erfordert? Ist denn dieses nicht gerade der Grund, aus welchem die institutio, *quos Titius voluerit*, in der *L.* 32. *pr. D. cit.* für ungültig erklärt wird? Nam satis constanter Veteres decreverunt, sagt das Gesetz, *testamentorum iura ipsa* PER SE *firma esse oportere*, *non* EX ALIENO ARBITRIO *pendere*. Herr Ob.Trib.R. Schrader [26]) hat ja diesen Grund selbst nicht anders, als so erklärt: „daß bey so wichtigen Verfügungen, wie die letztwilligen sind, die genaueste eigene Ueberlegung und Bestimmung, auch um Betrügereyen zu vermeiden, nothwendig sey." Diesen

25) §. 27. *J. de legatis*.

26) Desselben Abhandl. §. 5. S. 53. Es wird dieser Grund nochmals wiederholt §. 15. Not. 99. S. 92.

Grund konnte Innocenz durch sein Decretalschreiben gar nicht aufheben, er konnte also das Römische Recht in diesem Grundprincip gar nicht abändern, wenn seine Verordnung, die sich nur nach den Gebräuchen und Sitten seines Zeitalters in dem speciellen Falle, auf den sie sich nach den ausdrücklichen Worten der Original-Decretale bezieht, allenfalls noch rechtfertigen ließ, und auch gewiß in keiner andern Absicht in Gregors *IX.* Decretalen-Sammlung ist aufgenommen worden, als daß sie in solchen Fällen bey dem auch noch im 13. Jahrhundert herrschenden Spolienrechte zur Norm dienen sollte, als höchst unvernünftig erscheinen soll. Soll nun aber ja die Vorschrift des Cap. 13. zur allgemeinen Regel dienen, wer berechtiget uns denn eine Ausnahme aus dem Röm. Rechte einzumischen, wenn das canonische Recht einmal das certum testantium iudicium aufgehoben haben soll? oder finden Ausnahmen Statt, so erlaube auch ich mir aus demselben Grunde in Ansehung der Erbeinsetzung eine Ausnahme zu machen.

2) Soll noch eine Ausnahme in sofern Statt finden, daß man dem *oneratus* nur unter den näheren Bestimmungen des Röm. Rechts überlaßen könne, Wem und Was er auszahlen solle. Denn bey diesem trete der besondere Grund ein, daß er Schuldner des *honoratus* ist.

Dieß läßt sich nun zwar wohl in dem Falle denken, wenn Honorirte da sind, und der Erblaßer blos verordnet hat, daß ein Dritter den Nachlaß unter sie vertheilen, und, wie viel ein jeder bekommen soll, nach billigem Ermessen bestimmen solle. Diese könnten allenfalls gegen den oneratus klagen, etwa mit der actio

personalis ex testamento, es könnte auch hier richterliches Ermessen eintreten [27]). Allein wir wollen nur immer an den Fall denken, von dem Innocenz spricht, daß der Erblaßer gar nicht für sich selbst bestimmt habe, quid, cui loco, vel personae conferri debeat, sondern Alles, ohne alle einschränkende Bestimmungen, der Willkühr des Dritten überlassen habe. Wo ist nun der honoratus, dessen Schuldner der oneratus seyn könnte? Etwa die Intestaterben? Hätte der Erblaßer diesen seinen Nachlaß zugedacht, warum bestellte er einen Dritten, der den Erben ernennen, und über den Nachlaß verfügen soll? Was sind das ferner für Bestimmungen des Römischen Rechts, nach welchen der oneratus sich zu richten haben soll, Wem er und Was er auszahlen solle? Wer kann ihn nöthigen, dem ihm gewordenen Auftrage zu genügen, wenn ihm nicht etwa der Erblasser selbst unter dieser Bedingung ein Legat ausgesetzt, und er dasselbe angenommen hat? Wollten die Intestaterben gegen ihn klagen, so könnte er sie mit der Einrede zurückweisen, *vestra nihil interest*, quia qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, *non videtur decedere intestatus;* und so könnte er die Klage vollends dadurch vereiteln, daß er, mit Uebergehung derselben, gerade einen Fremden zum Erben ernennete. Denn er kann ja, da seiner Verfügung über den Nachlaß keine Grenzen gesetzt sind, zum Erben ernennen, Wen er will. Kann denn also wohl ein solcher letzter Wille einen bestimmten Ausgang gewinnen? Publice autem expedit, sagt Paulus *L.* 5. *D. Te-*

27) *L.* 30. *D. de legatis XXXI. L.* 12. *D. de legatis XXXII.* S. auch Walch Diss. de legato heredis in arbitrium collato. §. XIV.

stam. quemadm. aper. suprema hominum iudicia exitum habere. Sind Notherben dadurch übergangen, so können ja diese ohnehin die ganze Verfügung des Erblassers anfechten; oder hat etwa Innocenz *III.* auch das Notherbenrecht aufgehoben? Wie aber, wenn der von dem Verstorbenen zum Testiren Beauftragte wirklich testirt? Hier soll sich's denn von selbst verstehen, „daß die äußere Form gehörig beobachtet werden müsse; denn diese ganze Frage betreffe ja nur einen Theil der innern Form." Hier könnte man fragen, worin denn diese äussere Form bestehe? Das Römische Recht kennt hier keine äussere Form. Denn diese setzt ein Testament voraus, also einen letzten Willen, welcher eine Erbeinsetzung enthält, die aus des Testirers eigener Bestimmung herrühren muß [28]). In dem Falle aber, von welchem das Canonische Recht spricht, ist kein solches Testament vorhanden. Es ist keine iusta *nostrae*, sondern *alienae voluntatis* sententia, und diese verwirft das Römische Recht. Es müßte also etwa die Form des canonischen Rechts gebraucht werden [29]); diese gilt ja aber, wie bekannt, in Deutschland nicht. Zu dem allen aber kommt nun endlich noch, daß durch die Notariats-Ordnung K. Maximilian *I.* vom Jahre 1512. Tit. I. von Testamenten in Rücksicht der Form eines Testaments §. 1. das Römische Recht ausdrücklich bestätiget ist. Sie verweist die Notarien ganz bestimmt auf die kaiserlichen Rechte, §. 2. und verordnet daher, in Gemäßheit derselben §. 8., daß derjenige, welcher ein Testament machen will, die

28) *L. 1. D. h. t.*

29) *Cap. 10. X. de testam.*

Namen derjenigen, welche er zu seinen Erben haben, oder denen er sonst etwas vermachen will, vor der im Röm. Recht vorgeschriebenen Zahl dazu erbetener Zeugen deutlich benennen und ausdrücken solle. Es kann demnach von den die Form der Testamente betreffenden Verordnungen des Canonischen Rechts h. z. T. gar kein Gebrauch mehr gemacht werden. Selbst Geistliche können sich daher nicht mehr auf die Vorschrift des *Cap.* 13. *X. de testam.* berufen, und einem Dritten die willkührliche Verfügung über ihren Nachlaß gültig anheimstellen, ohne selbst zu testiren, weil das im Mittelalter einzelnen Bischöfen verliehene ius spolii längst aufgehoben ist. Ein sehr merkwürdiger, beym Reichs-Kammergerichte im Jahre 1760 verhandelter Rechtsfall in Sachen der Geschwister von Gahlen, welchen Freyherr von Cramer [30]) umständlich erzählt hat, giebt

30) Wetzlarische Beyträge. 3. Th. (Wetzlar 1763. 8.) Nr. XII. S. 62—75. Es hatte nämlich der ehemalige Münsterische Domdechant Friedrich Christ. Freyh. von Gahlen im Jahre 1718. eine Disposition in lateinischer Sprache dahin errichtet, daß wenn er ohne Testament versterben würde, die von ihm zu Executoren seines letzten Willens ernannten Freyherr von Fürstenberg, Johann Herrmann von Kettler, und sein einziger Bruder Wilhelm Ferdinand von Gahlen über seine Verlassenschaft verfügen sollten, prout iudicaverint defuncto, ac saluti suae salubrius in Domino expedire. Nach desselben Tode hatten auch diese Executoren dem ihnen ertheilten Auftrage zu Folge ein Testament errichtet, und in demselben den Freyherrn Wilhelm Ferd. von Gahlen zum Universalerben eingesetzt, einer jeden der beyden Schwestern des Erblassers aber nur ein Legat von 800 Rthlr. vermacht. Die Schwestern fochten das Testament bey dem Münsterischen Officialate als ungültig an, und es erging ein von der Juri-

einen Beleg dazu [31]. Daß in Deutschland überhaupt kein Testament ohne bestimmte Erbeneinsetzung gilt, und daß daher der Inhalt eines Testaments nicht gültig der Disposition eines Dritten überlassen werden kann, wofern nicht etwa der Erblasser will, daß sein Nachlaß blos zu frommen Zwecken und Stiftungen verwendet werden solle, ist eine in der heutigen Praxis anerkannte Wahrheit [32]. Es ist daher eine gemeine Regel, daß

sten-Facultät zu Ingolstadt eingeholtes Urtheil, worin dieses Testament für nichtig erklärt wurde. Es wurde zwar dagegen von dem eingesetzten Erben an das Reichs-Cammergericht appellirt, das Urtheil aber wurde bestätiget.

31) Jedoch behauptet *Christph. Frid.* HARPPRECHT in Diss. de eo, qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit. *Tubingae* 1749. 4. §. 18. daß wenn es h. z. T. noch Bischöfe gebe, denen in Ansehung der in ihren Diöcesen ohne Testament verstorbenen Geistlichen ein ius spolii zustände, diese durch eine solche Anordnung, von welcher *Cap.* 13. *X. de testam.* spricht, ohne Weiters das bischöfliche Spolienrecht ausschließen könnten. Man sehe auch meinen Innocentius III. Sect. II. §. 18. (in *Opusc.* Fasc. I. pag. 296.)

32) *Sam.* STRYK in Usu mod. Pand. Lib. XXVIII. Tit. V. §. 11. sagt: Sed de eo nondum constat inter interpretes, utrum ex cit. *cap.* 13. *X. de testam.* tuto colligi possit, heredis institutionem posse committi in arbitrium tertii, ut proinde ex eo tuto inferri non possit, hodie in praxi, qua ius Canonicum sequimur, talem institutionem admittendam esse. Imo si secundum receptam sententiam esset iudicandum, tantum talis institutio admittenda foret *in testamentis ad pias causas.* Man sehe ferner *Just. Henr.* BOEHMERI Consultat. et Decision. Tomi II. P. I. Resp. 661. nr. 97. et P. II. Resp. 866. nr. 30. *Nic. Christph. de* LYNCKER Res.

man nicht durch einen Bevollmächtigten testiren könne, sondern ein Jeder, welcher testiren kann, in eigener Person testiren müsse [33]). Ich bemerke nur noch zum Beschluß, daß der große Cujaz [34]) keinen Widerspruch zwischen dem Römischen und dem Canonischen Rechte annimmt. Das Canonische Recht, sagt er, verordne allerdings, daß man auch die Erbeneinsetzung dem Willen eines Dritten überlassen könne. Z. B. Is mihi heres esto, quem Titius voluerit. Allein dieß sey nach seiner Einsicht so zu verstehen: in alienam voluntatem, quasi in conditionem, eben so, als wenn der Testator gesagt hätte: si evenerit, ut quandoque Titius declaret, quem optet mihi heredem esse, so wie in der *L.* 1. *pr. D. de legat. XXXI.* gesagt werde, es könne ein Legat in den Willen eines Andern, veluti in conditionem, gestellt werden. Dieses und nichts anders sey die Meinung des Pabstes Innocenz

decisar. Cent. IV. Decis. 314. *Tob. Jac.* Reinharth select. Observation. ad *Christinaeum.* Vol. I. Obs. 70. Ge. Ludw. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 2. Bandes 2. Abth. Nr. CXLV. §. 18. S. 409. *Christ. Aug.* Günther Princip. iuris Romani priv. noviss. Tom. II. §. 130. et not. a. und *Ge. Steph.* Wiesand Opusc. Specim. VI. Obs. 1.

33) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 37. in fin. *Burckh.* Bardili Diss. de testamento nuncupativo. (*Tübing.* 1671.) Th. IX. *Jo. God.* Schaumburg Diss. singularia de testamento nuncupativo capita contin. *Jenae* 1737. §. XV. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 108. a. E. (Berlin 1805.)

34) Commentar. in tit. XXVI. Libri III. Decretalium de testamentis ad cap. 13. (*Oper. postumor. a* Fabroto *editor.* Tom. III. pag. 290.)

des *III.* welcher das Civilrecht nicht habe abändern wollen. Aliorum sit iudicium.

§. 1406. c.

Gilt ein Testament, welches auf Befragen eines Andern gemacht worden ist?

Ein letzter Wille soll, der Vernunft und dem Geiste der Gesetzgebung zufolge, das Werk der ernsten, freyen, selbst wirkenden Ueberlegung seyn. Er darf also dem Testirer nicht abgefragt werden, sondern er muß ihn selbst erklären [35]). Zwar können sich die Zeugen bey einem mündlichen Testamente durch Fragen von der Willensmeinung des Testirers genauer zu unterrichten suchen, wenn sich derselbe beym Vortrage seines letzten Willens nicht ganz deutlich ausgedruckt haben sollte. Er kann auch, wenn er etwa seinen letzten Willen einem von den Zeugen dictirt hätte, von demselben befragt werden, ob er ihn richtig gefaßt habe, welches denn der Testirer immerhin mit einem Ja bekräftiget haben mag [36]). Denn hier kann wegen der Gewißheit des Willens kein Zweifel entstehen, sie wird vielmehr dadurch noch mehr ausser Zweifel gesetzt, und die Selbstthätigkeit des Testirers dabey nicht aufgehoben [37]). Hatte ferner der

35) *Gabr. Christ.* SCHREIBER *de* CRONSTERN Diss. de testamento ad interrogationem alterius condito. *Goetting.* 1761. und *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 19. Anderer Meinnng ist jedoch *Andr.* FACHINAEUS Controversiar. op. Lib. V. Cap. 69.

36) *L.* 39. §. 1. *D. de legat. XXXII.* S. Westphals Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 378.

37) *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. SCHREI-

Testator die Absicht zu testiren, und das, was er auf den Todesfall verordnen wolle, schon vorher erklärt, so daß sein letzter Wille dem Fragenden schon bekannt gewesen ist, oder ist auf eine allgemeine Frage eine specielle Antwort, oder wenigstens auf eine specielle Suggestivfrage eine derselben entsprechende specielle Antwort erfolgt; so sind alle Rechtsgelehrte [38]) darin einverstanden, daß Befragung des Testirers dem Testamente unnachtheilig sey. Allein ein bloßes Ja, oder wohl gar nur ein Kopfnicken auf eine specielle Frage, welche die Namen der Erben, und deren Erbtheile ausdrückt, ist ohne Gültigkeit, und ein auf solche Art abgefragtes Testament muß für null und nichtig erklärt werden, wenn nicht Erbschleichereyen und Testamentsfälschungen Thür und Thor geöffnet werden soll [39]). Ob der Fragende

BER *de* CRONSTERN Diss. cit. §. 14. et 15. WALCH c. l. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 790. und von Hartitzsch Erbrecht. §. 64. a. E.

38) S. *Hartm.* PISTORIS Observation. singular. (*Lips. et Francof.* 1679.) Obs. IV. *a* WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 153. *a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCLXXV. medit. 15. *Jo. Gottfr.* SCHAUMBURG Singularia de testamento nuncupativo capita. §. XV. in fin. und Dan Nettelbladts Versuch einer Anleitung zu der ganzen pract. Rechtsgelahrtheit. §. 1329. Vergl. auch Joh. Burkh. Geiger's und Glück's merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 3. Bd. Nr. XLII. §. 13. und Adolph Diet. Weber's Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1406. S. 217.

39) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. *Burckh.* BARDILI Diss. de testamento nuncupativo Th. VII. SCHREIBER *de* CRONSTERN cit Diss. §. XVI. *Christ. Aug.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 730.

eine öffentliche, oder eine Privatperson ist, darauf kommt nichts an [40]). Die römischen [41]), so wie die deutschen Reichsgesetze [42]) erfordern ausdrücklich bey mündlichen Testamenten die eigene mündliche Erklärung des Testirers, welcher die Absicht hatte zu testiren. Kommt nun noch hinzu, daß der Testirer, wie in dem von mir erörterten Rechtsfalle [43]), auf die Frage: ob er nichts zu testi-

Gottl. Hufeland Lehrb. des gemein. oder subsidiar. Civilrechts. 2. Band. §. 1088. *Jul. Frid.* Malblanc Princip. iuris Rom. Part. ult. §. 689. Man sehe auch Gmelin's und Elsäſſer's gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 5. B. S. 118. ff.

40) S. *Ant.* Faber de errorib. Pragmaticor. et Interpret. iuris. P. III. Decad. LXIX. Err. 1. et 2.

41) *L.* 26. *et L.* 29. *C. de testament.* (VI. 23.)

42) Notariats-Ordnung Maximilians I. Tit. von Testamenten. §. 8. Zwar meint *Car. Christph.* Hofacker Princ. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1267. not. b. dem auch *Christ. Henr. Gottl.* Koechy in Commentat. de testamento vi metuve extorto. (*Lips.* 1800. 4.) §. 4. pag. 13. beystimmt, ein deutliches Ja könne nicht verworfen werden, wenn nur der freye Wille zu testiren gewiß und keinem Zweifel unterworfen sey; allein man sehe, was dagegen in der *Bibliothek kleiner jurist. Schriften, herausgegeben von* Hübner *und* Tittmann. 2. Bd. (*Leipzig* 1801. 8.) Nr. XVII. S. 77. ff. sehr gründlich erinnert worden ist. Richtiger sagt Just. Claproth in der Abhandl. von Testamenten und Codicillen § 8. S. 60. „Es ist weder ein schriftliches, noch mündliches Testament, wenn dem Erblasser ein Aufsatz vorgelesen wird, den er vorher nicht gesehen, und keinen Auftrag zu dessen Entwerfung gegeben hat, den derselbe entweder mit Kopfnicken, oder durch ein einfaches Ja genehmiget."

43) S. die Rechtsfälle a. a. O. §. 3. S. 176. ff.

ren oder zu disponireen habe, oder disponiren wolle? ausdrücklich geantwortet hatte: jetzt ist es schon zu spät, ich habe für meine Seele zu sorgen, ich bin es nicht mehr vermögend; derselbe aber dennoch mit Fragen bestürmt worden, auf die dann der Testator, schon mit dem Tode ringend, mit solcher Eilfertigkeit geantwortet hat, daß man deutlich daraus wahrnehmen können, wie er nur der Beschwerlichkeit des Fragens dadurch habe entlediget seyn wollen. Wer kann bey einer solchen tumultarischen Art der Testamentserrichtung von der Gewißheit des Willens des Testirers überzeugt seyn [44])? zumal wenn er nun noch aus den eigenen Aussagen der bey Errichtung des Testamens gegenwärtig gewesenen glaubwürdigen Personen vernimmt, daß der Testirer nach geschehener Unterzeichnung, welche mit schon halb erkalteter zitternder Hand, und schon halb erloschenen Augen, (die Zeugen sagen, sie wären damals schon gläserig, wie gewöhnlich bey einem Sterbenden, gewesen) geschahe, kaum mehr fünf Minuten gelebt habe.

§. 1406. d.

Testament eines Blinden.

Daß ein Blinder testiren könne, hat an sich keinen Zweifel [45]). Das ältere Recht macht auch keinen Unter-

44) S. Schreiber *de* Cronstern Diss. cit. §. XVI—XVIII. und die angeführten Rechtsfälle. §. 14. S. 193. f.

45) *Sam.* Stryk Disp. de testamentis corpore vitiatorum. *Halae* 1702. 4. rec. *Vitembergae* 1740. §. 3 — 25. *de* Webert Diss. de testamentis coecorum. *Trajecti* 1764. *Frid. Henr. Maxim.* Kersten Diss. de visu privatis eorumque iuribus. *Lipsiae* 1773. 4. §. XV. *Car.*

schied zwischen sehenden und blinden Testatoren. Sie brauchten also nur die gewöhnliche Testamentsform zu beobachten [46]. Um jedoch allen Irrthum, und Betrug zu verhüten, der beym Testament eines Blinden leicht möglich wäre, und die möglichste Gewißheit des Willens zu bewirken, hat Kaiser Justinus eine eigene Form bey den Testamenten derselben vorgeschrieben. Es gehört hierher die *L.* 8. *C. Qui testam. fac. possunt.* (VI. 22.)

Imp. Justinus A. *Demostheni.* P. P.

Hac consultissima lege sancimus, ut carentes oculis, seu morbo vitiove, seu ita nati, per nun-

Jo. Guil. Koehnen Diss. de forma testamenti externa a coeco observanda. *Goettingae* 1781. 4. Marezoll Bemerkung über das Testament der Blinden; in von Grolman's und von Löhr Magazin für Rechtswissenschaft nnd Gesetzgebung 4. Bandes 2. Heft. Nr. 2. und 3. S. 166 — 173. Wenn *Pet.* Faber ad *Ulpiani* fragmenta Tit. XX. §. 13. (in *Thes. iuris Meerman.* Tom. VII. pag. 762. not. 8.) behauptet, ein Blinder könne nicht testiren, weil er die Zeugen nicht sehen kann, welches doch die *L.* 9. *C. de testam.* zur Gültigkeit eines Testaments ausdrücklich erfordere; so hat schon *Jo. Christph.* Koch in Progr. de conspectu testatoris ad L. 9. C. de testam. *Giessae* 1775. pag. 9. bemerkt, daß *in conspectu testatoris* nichts anders heiße, als *sub praesentia ipsius testatoris*, wie L. 30. C. de testam. sagt.

46) Paulus *Sententiar. Receptar.* Lib. III. Tit. IV. A. §. 4. Caecus testamentum potest facere: quia accire potest adhibitos testes, et audire sibi testimonium perhibentes. S. Schulting *Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 340. *Ev.* Otto und *Jan. a* Costa Comm. ad §. 4. J. Quib. non est permiss. fac. testam.

cupationem suae condant moderamina voluntatis: scilicet praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est, tabulario etiam: ut cunctis ibidem collectis, primum ad se convocatos omnes, ut sine scriptis testentur, edoceant: deinde exprimant nomina specialiter heredum, et dignitates singulorum, et indicia, ne sola nominum commemoratio quicquam ambiguitatis pariat: et ex quanta parte, vel ex quot unciis in successionem admitti debeant; et quid unumquemque legatarium seu fideicommissarium adsequi velint: omnia denique palam edicant, quae ultimarum capit dispositionum series lege concessa. Quibus omnibus ex ordine peroratis, uno eodemque loco et tempore, sed et tabularii manu conscriptis sub obtutu septem, ut dictum est, testium, et eorundem testium manu subscriptis, dehinc consignatis tam ab eisdem testibus, quam a tabulario, plenum obtinebit robur testantis arbitrium. Quae in eundem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere, sed legata solum, vel fideicommissa, et in summa quae codicillis habentur congrua, duxerint ordinanda. At cum humana fragilitas mortis praecipue cogitatione perturbata, minus memoria possit res plures consequi; patebit eis licentia, voluntatem suam, sive in testamenti, sive in codicilli tenore compositam, cui velint scribendam credere: ut in eodem loco postea convocatis testibus et tabulario, re etiam, ut dictum est, patefacta, cuius causa convocati sunt, etiam chartula promatur, quam susceptam testatori recitabit tabularius, simul et testibus: ut ubi

tenor eorum cunctis innotuerit, elogium ipse suum profiteatur agnoscere, et ex animi sui, quae lecta sunt, disposuisse sententia, et in fine subscriptio sequatur testium, necnon omnium signacula tam testium, prout dictum est, quam tabularii. Sed quia tabulariorum copia non in omnibus locis datur quaerentibus: iubemus, ubi tabularius reperiri non possit, octavum adhiberi testem: ut quod tabulario pro supradicto modo commisimus, id per octavum testem effectum capiat: libera potestate concedenda voluntates suas in praedictum modum ordinantibus, chartulam ita subscriptam, ita denique consignatam, ut antelatae formae declarant, cui velint ex testibus custodiendam mandare. Sic namque fieri confidimus, ut non recipiat se tantum in caecis testandi licentia, sed ne locum quidem ullum relinquat insidiis, tot oculis spectata, tot insinuata sensibus, tot insuper in tuto locata manibus. Dat. Kal. Junii Constantinop. Justiniano et Valerio Conss. 521.

Diese Constitution hat nicht nur Justinian in ihrem ganzen Umfange bestätiget [47]), sondern auch Kaiser Maximilian in die Notariats-Ordnung vom J. 1512. jedoch mit einigen wenigen Abänderungen, von denen in der Folge die Rede seyn wird, in einer wörtlichen Uebersetzung derselben, aufgenommen. Es heißt nämlich daselbst Tit. I. von Testamenten §. 9.

47) §. 4. *J. Quib. non est permiss. facere testam.* Caecus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem, quam lex Divi Justini patris mei introduxit.

„Aber zu eines Blinden Testament gehört, wie hernach folget: Erstlich, daß der Notarius und die sieben Zeugen darzu beruffen, und worzu sie beruffen worden seyn, wissend gemacht werden. Zum andern, daß der Testirer nicht allein die Namen des oder der Erben, die er setzt, sondern auch was Würden, Stands, oder Wesens, der oder die wären, dermassen, daß deßhalben, daß sie allein mit Namen benennt seynd, ihrer Person halben kein Zweifel entstehen möge, und darzu andern seinen Willen, es sey mit Besetzung, Nachsetzung, Geschäften und Vermachung, vor den Notarien und Zeugen klärlich erzehle und ausspreche. Zum dritten, daß der Notarius, oder ob kein Notarius bekommen werden möcht, ein achter Zeug an seine statt beruffen, und deßgleichen alle und jede Zeugen, vom Testirer darzu gebeten, zu einer Zeit, und an einer statt, also, daß kein ander Zeit, denn die klein wäre, und aus Nothdurfft der Natur sich begebe, darzwischen falle, sich im End, oder dem untersten Spatio des Instruments unterschreiben, und darzu bezeichnen sollen. Doch so mag der, so das Testament machen will, oben in derselben Handlung seines Testaments vor den Zeugen, oder wo ihm am besten bedeucht, darvor durch einen Andern, wen er wolt, seinen Willen und Testament begreiffen und schreiben lassen, und darnach vor den Zeugen und Notarien, die zuvor, worzu sie beruffen worden seynd, wissend gemacht waren, denselben Begriff und Schrift vor ihm und den Zeugen eröffnen lassen: und so der Inhalt desselben allen geoffenbahret worden ist, derselb Testirer bekennen, daß solches sein Testament und Wille sey, und daß er, was also vorgelesen werde, nach seinem Sinn, Meinung und

Gemüth hab also setzen lassen, und am Ende sollen darauf folgen die Unterschreibungen und Bezeichnüssen aller und jeder Zeugen und des Notarien."

Vermöge dieser Gesetze kann also ein Blinder nicht schriftlich, sondern blos mündlich testiren 48). Das Testament des Blinden bleibt selbst dann ein mündliches, wenn auch derselbe vorher seinen letzten Willen hat aufsetzen lassen, denn der schriftliche Aufsatz muß dem Testirer und den Zeugen vorgelesen, und in Gegenwart derselben von dem Blinden genehmiget werden. Nur unter dieser Einschränkung wird ihm erlaubt, und, wie man aus der Fassung der Worte des Gesetzes sieht, als etwas Besonderes gestattet, seinen letzten Willen vorher von einem Andern aufsetzen zu lassen 49). Der Blinde soll nun, wenn er aussergerichtlich testirt, ausser den sieben Zeugen, welche gewöhnlich zu einem Privat-Testamente erfordert werden, noch eine öffentliche Person, welche in der römischen Constitution *tabularius* 50),

48) S. *Hug.* Donelli Comment. ad L. 8. C. Qui testam. fac. poss. pag. 351.

49) S. Marezoll angeführte Bemerkung 3. im Magazin für Rechtswiss. und Gesetzgeb. 4. B. S. 168. f.

50) Tabularii und Notarii waren eigentlich bey den Römern unterschieden. *L.* 11. *C. Qui potior. in pignor.* S. den 18. Th. dieses Commentars §. 1081. Not. 80. und 82. S. 280. Insofern aber Tabularii bey den Römern auch öffentliche Personen waren, welche zur Ausfertigung der Urkunden mit öffentlichem Glauben gebraucht wurden, insofern stehen ihnen die heutigen Notarien gleich. Da es jedoch bey den Römern verschiedene Arten der Tabulariorum gab, indem einige in Diensten der Städte waren, andere in gerichtlichen Geschäften gebraucht wurden, s. den 11. Th. des

in dem deutschen Reichsgesetz aber Notarius genennt wird, hinzuziehen. Sollte kein Notar zu haben seyn, so soll ein achter Zeuge seine Stelle vertreten. Es ist daher nicht willkührlich, ob der Blinde einen Notar oder einen achten Zeugen nehmen will. Nach den ausdrücklichen Worten des Gesetzes ist ein achter Zeuge nur in dem Falle zulässig, ubi tabularius reperiri non possit, oder, wie es in der Notariatsordnung heißt: ob kein Notarius bekommen werden möchte, ein achter Zeug an seine Statt berufen[51]). Vor dieser Versammlung soll nun der Blinde erklären, daß er mündlich testiren wolle: primum ad se convocatos omnes, *ut sine scriptis testentur*, edoceant. Da dieses nur eine Anwendung der allgemeinen Vorschrift zu seyn scheint, daß wer mündlich testiren will, dieses vorher den Zeugen erklären müsse; so entsteht die Frage, ob nicht jetzt diese Vorschrift als überflüssig erscheine, seitdem Justinian in einer neuern Verordnung[52]) bey mündlichen Testamenten alle formalis

Commentars. §. 764. Not. 93. S. 385. so glaubt Walch in Diss. de inventarii hereditatis forma. *Jenae* 1774. §. VII. not. a. in Testamentssachen wären die Tabularii civitatum gebraucht worden. Allein da sowohl unser Gesetz, als die *L.* 22. *C. de iure delib.* blos von der Zuziehung eines tabularii überhaupt spricht, so kam es hier wohl auf keinen weitern Unterschied an.

51) S. Koehnen Diss. cit. Cap. II. Sect. I. §. 3. nr. III. Es ist daher den deutlichen Worten des Gesetzes zuwider, wenn Stryk de cautel. testamentor. Cap. IV. §. 5. und Brunnemann Comm. ad L. 8. C. Qui test. fac. poss. nr. 14. et 15. dieses für willkührlich halten wollen.

52) *L.* 26. *C. de testam.*

observatio aufgehoben, und es für genügend erklärt hat, wenn der Testator den Zeugen sogleich, nachdem sie sich vor ihm versammelt haben, seinen letzten Willen zu erkennen gegeben hat, ohne ihnen vorher zu sagen: *Ideo eosdem testes convenisse, quod sine scriptis suam voluntatem vel testamentum componere censuit*. Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind hier verschieden [53]). Mehrere [54]) haben sich dadurch wirklich verleiten lassen, jene Vorschrift auch bey dem Testamente eines Blinden nun für überflüssig zu halten. Allein da es schon in der Natur der Sache liegt, daß man bey einem mündlichen Testamente den Zeugen zuvor andeute, man habe sie zusammenkommen lassen, um vor ihnen mündlich zu testiren; so scheint wohl Justinian durch seine Constitution mehr die sonst dabey üblich gewesenen solennen Wortformeln (formalia verba), als die Sache selbst, aufgehoben zu haben. Dazu kommt, daß Justinian die Vorschrift des Kaisers Justinus in seinen Institutionen unabgeändert bestätigt hat, welche ja jünger, als jene Constitution desselben, sind. Allen Zweifel hebt jedoch die Notariatsordnung Maximilian I. Denn während dieselbe von den Zeugen bey einem gewöhnli-

53) Die verschiedenen Meinungen führt Stryk de caut. testament. Cap. IV. §. 9. an.

54) *Sam.* Stryk l. c. und Koehnen cit. Diss. Cap. II Sect. I. §. 4. Man kann hierher auch alle diejenigen rechnen, welche beym Testamente eines Blinden dieses Erfordernisses gar nicht gedacht haben, wie z. B. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 469. Schweppe Röm. Pr. Recht. §. 818. Hufeland Lehrbuch des gemeinen oder subsidiar. Civilrechts. 2. Bd. §. 1170. Valett Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. Bd. §. 974.

chen nuncupativen Testamente nur erfordert, daß sie dazu berufen und gebeten seyn sollen[55]), wird bey dem Testamente des Blinden zwey Mal vorgeschrieben, daß die sieben Zeugen dazu berufen, und worzu sie beruffen worden seyn, wissend gemacht werden[56]). Hierauf soll der Testirer die Erben, welche er einsetzen will, nicht nur mit ihrem Namen nennen, sondern auch ihre Person mit genauer Bestimmung ihres Characters, so wie mit Angabe anderer eigenthümlicher Merkmale so kenntlich machen, daß man gewiß wisse, welche er gemeint hat, und keine Ungewißheit, kein Zweifel Statt finden könne. Auf gleiche Weise soll er die einem Jeden zugedachten Erbtheile genau bestimmen, nicht minder die Legate und Fideicommisse anordnen, und was jeder Legatar und Fideicommissar bekommen soll, bestimmt angeben. Daß hier die Erbeneinsetzung der Anordnung der Vermächtnisse vorgesetzt worden, ist wohl nur darum geschehen, weil es gewöhnlich ist, nicht als etwas Eigenthümliches bey diesem Testamente, was schlechterdings so seyn müßte. Es ist daher wohl für keinen Fehler zu halten, wenn etwa die Vermächtnisse vor der Erbeneinsetzung wären angeordnet worden, weil ja die Ordnung auf die Gewißheit des Willens, worauf hier alles berechnet ist, keinen Einfluß

55) Tit. I. von Testamenten §. 8.

56) Not. Ordn. a. a. O. §. 9. Man vergl. von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreff. Constitutionen der Röm. Kaiser von Theodos II. und Valentin. III. bis auf Justinian. (Wetzlar 1812. 8.) S. 99. *Chr. Frid.* Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. III. §. 479. pag. 75. edit. sec. und besonders Marezolls angef. Bemerkung Nr. 3. im Magazin rc. IV. Bd. S. 169 — 172.

hat [57]. Hat der Blinde seinen letzten Willen auf diese Art deutlich und vernehmlich ausgesprochen, welches dann auch freylich in einer Sprache geschehen muß, welche der Notar, und jeder von den Zeugen versteht, denn dieß ist ja ein wesentliches Erforderniß eines jeden mündlichen Testaments [58]; so muß diese Disposition sofort von dem Notar, oder von dem statt seiner hinzugezogenen achten Zeugen in Gegenwart der sieben Zeugen schriftlich aufgezeichnet, und von allen diesen unterschrieben und untersiegelt werden, und dieß muß alles an einem und demselben Orte, und zu derselben Zeit geschehen. Daß der schriftliche Aufsatz dem Blinden wieder vorgelesen werde, erfordert das Gesetz nicht [59]. Hätte hingegen der Blinde seinen letzten Willen schon vorher von einem Andern schriftlich aufsetzen lassen, welches ihm das Gesetz gestattet, weil die menschliche Schwachheit, wie K. Justinus sagt, durch den Gedanken des Todes beunruhiget, nicht alle etwa zu machenden Ver-

57) Dieß ist auch dem §. 34. *J. de legat.* gemäß. S. *Fernand.* Vasquius Controversiar. illustr. Lib. III. Cap. 103. nr. 10. pag. 870. Stryk caut. testamentor. Cap. IV. §. 8. und Koehnen Diss. cit. Cap. II. Sect. I. §. 4. pag. 38.

58) S. Marezoll a. a. O. S. 172. f.

59) Einige wollen zwar eine Vorlesung für nöthig halten, wie z. B. *Dan.* Nettelbladt in Diss. de testamento nuncupativo in scripturam redacto. §. XX. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 7. und Herr Geh. Just. R. Mackeldey im Lehrbuche des heut. Röm. Rechts. §. 643. der 8. Ausg. Allein man sehe *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Memb. III. §. 23. und Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 469.

fügungen im Gedächtniß behalten kann; so soll dieser schriftliche Aufsatz, wenn der Testirer zuvor den zusammenberufenen sieben Zeugen erklärt hat, er wolle vor ihnen testiren, von dem Notar, oder in dessen Ermangelung von dem achten Zeugen, dem Testirer und den Zeugen vorgelesen werden, damit der Inhalt derselben auch den letztern bekannt werde. Hat nun der Testirer die ihm vorgelesene Disposition, als seinen letzten Willen, anerkannt und genehmiget; so muß das Testament von dem Notar sowohl, oder dem statt seiner hinzugezogenen achten Zeugen, als den übrigen sieben Zeugen sogleich unterschrieben und untersiegelt werden. In diesem letztern Falle ist also die Vorlesung und Anerkennung des Testaments so nothwendig, daß desselben Mangel das Testament schlechterdings nichtig macht, wenn auch gleich die Richtigkeit desselben auf andere Art erwiesen werden könnte [60]. Uebrigens braucht nach der Notariatsordnung die Prälection nicht gerade vom Notar, oder dem achten Zeugen zu geschehen, sondern der Testator kann sie auch einem Andern auftragen [61]. Merkwürdig ist jedoch, daß die Unterschrift von dem Notar und den Zeugen gerade am Ende der ganzen Testamentsurkunde geschehen soll. Es heißt nicht nur

60) S. *Just. Henn.* Boehmer Diss. de testamento non praelecto. §. V. (in Ejus *Excercitation. ad Pand.* Tom. IV. pag. 904.) und *Aug. a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLIII. medit. 2. besonders Walch a. a. O.

61) S. *Melch. Dethm.* Grolmann Commentat. de necessaria ultimarum voluntatum praelectione. *Giessae* 1751. Cap. II. §. 6. und Koehnen Diss. cit. Cap. II. Sect. I. §. 8. nr. IV.

in der Verordnung des Kaisers Justinus ausdrücklich: et *in fine* subscriptio sequatur testium, nec non omnium signacula tam testium, prout dictum est, quam tabularii; sondern noch deutlicher bestimmt dieses die Notariatsordnung in den Worten, „daß der Notarius und die Zeugen sich im End, oder dem untersten *spatio* des Instruments unterschreiben und darzu bezeichnen sollen.“ Bey einem andern gewöhnlichen Testamente ist der Ort der Unterschrift so pünctlich nicht bezeichnet, sondern die Unterschriften sollen *in reliqua parte testamenti* geschehen, also an jedem beliebigen Orte des Testaments, es kann daher auch die Testamentsurkunde den Zeugen verschlossen vorgelegt werden, so daß sie nicht eigentlich unterschrieben, sondern nur überschrieben werden kann [62]. Auch in der Notariatsordnung Maximilians I. [63] heißt es, der Testator soll die Zeugen an einem Ort des Testaments unterschreiben lassen. Mit Recht hat Herr Prof. Marezoll [64] auf diesen bisher ganz übersehenen Unterschied aufmerksam gemacht.

Diese Form ist jedoch nur dann zu beobachten, wenn ein Blinder aussergerichtlich testirt. Bey gerichtlichen Testamenten fällt sie weg [65]. Hat jedoch der Blinde seinen letzten Willen vorher von einem Andern schriftlich aufzeichnen lassen, und er übergiebt solchen dem Gericht,

62) *L. 21. pr. C. de testament.*

63) Tit. von Testamenten. §. 7.

64) A. a. O. Bemerk. 2. S. 166. ff.

65) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 35. in fin. Stryk de caut. testamentor. Cap. IV. §. 24. Koehner cit. Diss. Cap. II. Sect. I. §. 16.

so wird auch zur Gewißheit und Gültigkeit erfordert, daß dieser schriftliche Aufsatz von der Gerichtsperson, welche das Testament aufnimmt, vorgelesen, und von dem Blinden, als sein letzter Wille, anerkannt werde [66].

Ob auch bey dem Codicill eines Blinden die nämliche Form zu beobachten, und also eben so, wie bey dem Testamente eines Blinden, acht Zeugen erforderlich sind, wofern kein Notarius zu haben ist, oder ob es nicht schon genug sey, wenn, ausser den sonst erforderlichen fünf Zeugen, noch ein Notar, oder in dessen Ermangelung ein sechster Zeuge hinzugezogen werde, ist sehr bestritten. Schon die Glossatoren waren darüber verschiedener Meinung [67], und auch die neuern Rechtsgelehrten sind hierin noch nicht einverstanden. Man sollte glauben, es sey gar keinem Zweifel unterworfen, daß bey dem Codicill eines Blinden ganz dieselben Förmlichkeiten beobachtet werden müssen, die zur Gültigkeit des Testaments eines Blinden erforderlich sind. Die Constitution des Kaisers Justinus sagt ja ausdrücklich:

Quae in eundem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere, sed legata solum vel fideicommissa, et in summa, quae codicillis habentur congrua, duxerint ordinanda.

Und noch deutlicher spricht dieses die Notariatsordnung des K. Maximilian I. Tit. von Testamenten §. 11. in den Worten aus:

„Es ist auch nicht allein in einem Testament eines

66) Stryk c. l. Grolmann Commentat. cit. Cap. III. §. 8. und Koehnen Diss. cit. Cap. II. Sect. I. §. 16.

67) S. die Glosse zu *L. 8. C. Qui testam. fac. poss.*

Blinden, sondern auch in seinen Codicillen, und andern seinen letzten Willen noth, solche Form zu halten."

Daher sagt Herr Geh. Reg. Rath und Prof. von Löhr [68]), dieser Streit, wo der dürre Buchstabe des Gesetzes jede andere Meinung mißbillige, sey eben nicht geeignet, unsern Juristen großes Lob zu bringen. Dem Buchstaben des Gesetzes huldigen auch wirklich die achtbarsten Rechtsgelehrten [69]), und von Berger [70]) sucht dieser Meinung noch mehr Gewicht durch den Umstand zu geben, daß sie auch in der Praxis angenommen sey. Dennoch hat man dagegen nicht ganz unbedeutende Zweifel erhoben, und eine entgegengesetzte Meinung aufgestellt, nach welcher bey Codicillar-Dispositionen eines Blinden nicht mehr, als fünf Zeugen und der Notar oder ein sechster Zeuge nöthig seyn soll [71]). Man

68) Kurze Bemerkungen aus dem Gebiete des Erbrechts. Bemerk. 1. in dem Archiv für die civilist. Praxis von Gensler, Mittermaier und Schweitzer. 2. Bd. S. 187.

69) *Fern.* Vasquius illustr. controvers. Lib. III. Cap. 103. nr. 13. pag. 871. *Jo. Jac.* Wissenbach Commentar. in libros VII. prior. Cod. ad L. 8. C. Qui testam. fac. poss. pag. 539. *Bened.* Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. VI. Def. 5. pag. 739. Kersten Diss. cit. de visu privatis eorumque iurib. §. XV. pag. 31. Thibaut Syst. des Pand. R. 2. Bd. §. 783. not. f. *Chr. Fr.* Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. III. §. 500. not. 5. Ferd. Mackeldey Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts. §. 702. Not. d. Valett Lehrb. des pract. Pand. Rechts. 3. Bd. §. 1112.

70) Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 4. Th. X. pag. 384. (edit. *Haubold.*)

71) *Jac.* Cujacius Commentar. ad tit. 22. libri VI. Cod.

sagt nämlich, der Kaiser Justinus habe die Zahl der Zeugen beym Testamente eines Blinden nicht vermehren wollen, sondern ausser ihnen nur noch einen Notar, und nur in dessen Ermangelung einen achten Zeugen erfordert, wie die Worte: scilicet praesentibus septem testibus, *quos aliis quoque testamentis interesse iuris est*, deutlich bewiesen. So wie also in Rücksicht der Zahl der Zeugen beym Testament eines Blinden nichts geändert worden, so müsse man auch annehmen, daß K. Justinus in Rücksicht der Zahl der Zeugen bey den Codicillen eines Blinden nichts geändert habe, bis das Gegentheil erwiesen sey. Dieses sey nun aber keinesweges aus den Worten: quae *in eundem modum* erunt observanda, zu erweisen, denn diese bezögen sich

Qui testam. fac. poss. in fin. *Just.* Meier Colleg. argentorat. Lib. XXIX. Tit. 7. §. 14. *Sam.* Stryk Cautel. testamentor. Cap. IV. §. 14. *Idem* de iure sensuum. Diss. II. Cap. III. nr. 25—32. *Ge. Ad.* Struv Synt. iur. civ. Exerc. XXXIV. Th. 57. *Just. Henn.* Boehmer Diss. de codicillis sine testibus validis. Cap. I. §. 35. (in *Exercitat. ad Pand.* Tom. V. pag. 141.) *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iur. civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 43. In notis ad *Hoppii* Comm. ad Institut. §. 4. J. Quib. non est permiss. fac. test. not. a. vertheidigt Walch gegen Hoppe die entgegengesetzte Meinung. Koehnen Diss. cit. de forma testam. externa a coeco observanda. Cap. II. Sect. II. §. 2. *Mich. God.* Wernher Disquisit. de testamentis et codicillis privilegiariis. (*Norimbergae* 1780. 4.) §. 132. et 133. *Car. Christph.* Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1569. not. c. Westphal von Testamenten. §. 43. a. E. S. 34. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. Bd. 5. Buch. §. 486. a. E. S. 259. (der 3ten verb. Aufl.)

blos auf die Eigenthümlichkeiten des Testaments eines Blinden, nämlich auf die Zuziehung eines Notars, oder in dessen Ermangelung noch eines Zeugen, ferner auf die schriftliche Aufzeichnung des letzten Willens, so wie auf die Unterschrift sämmtlicher Zeugen, und Besiegelung. Hieraus lasse sich also noch keineswegs folgern, daß Justinus bey den Codicillen gerade auch acht Zeugen erfordert haben wolle. Denn er erfordere ja nicht dieselbe Zahl von Zeugen, sondern nur denselben *modus*. Die Worte: *quae in eundem modum observanda* seyen daher in der Notariatsordnung ganz richtig durch solche Form zu halten, übersetzt worden. Man könne demnach mit mehrerem Grunde so schließen: so wie sich verhalte der Codicill eines Sehenden zum Testamente eines Sehenden, so verhalte sich auch der Codicill eines Blinden zum Testamente eines Blinden. So wie also beym Testamente eines Blinden nur ein Zeuge mehr erfordert wird, so sey es auch genug, wenn bey dem Codicill eines Blinden zu den 5 Zeugen noch ein sechster Zeuge hinzugezogen werde. Allein diese Gründe, so wichtig sie auch einem scharfsinnigen Reinhard Bachov [72]) zu seyn schienen, um mit der Sprache gerade herauszugehen, sind nicht über den Buchstaben des Gesetzes erhaben. Der Schluß von dem Verhältniß eines Codicills zum Testamente eines Sehenden ist hier ein offenbarer Fehlschluß. Alles ist hier darauf berechnet, eine vollkommene Gewißheit des Willens eines blinden Testators zu erhalten. Dieß ist klar aus den letzten Worten der römischen Constitution: *sed*

72) Notae et animadversion. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. X, Th. 3. Lit. F. pag. 533. Man sehe auch Schweppe Röm. Privatrecht. §. 890. S. 749. (der 3. Ausg.)

ne locum quidem ullam relinquat insidiis, tot oculis spectata, tot insinuata sensibus, tot insuper in tuto locata manibus. Ob nun dieser letzte Wille des Blinden ein Testament oder Codicill sey, ist dann ganz gleichgültig. Daß auch die Worte: *Quae in eundem modum erunt observanda*, etc. offenbar soviel heissen sollen, „es müssen bey dem Codicille eines Blinden ganz dieselben Förmlichkeiten beobachtet werden" drücken die Worte der Notariatsordnung §. 11.

„Es ist auch nicht allein in einem Testament eines Blinden, sondern auch in seinen Codicillen und andern seinen letzten Willen noth, solche Form zu halten,"

deutlich genug aus. Sollte der Unterschied zwischen Testament und Codicill auch in Ansehung eines Blinden rücksichtlich der Zeugen zu beachten seyn; so hätte dieses hier näher bestimmt werden müssen, nämlich daß zu den sonst erforderlichen fünf Zeugen noch ein Notar, oder in dessen Ermangelung ein sechster Zeuge hinzugezogen werden solle. Der wesentliche Unterschied zwischen Testament und Codicill, der nicht in der Zahl der Zeugen besteht, wird auch dadurch nicht aufgehoben, sondern in dem Gesetz selbst deutlich angegeben, wenn es heißt:

quamvis non heredes instituere, sed legata solum vel fideicommissa, et in summa *quae codicillis habentur congrua*, duxerint ordinanda.

Ich darf jedoch einen Beweisgrund nicht mit Stillschweigen übergehen, den man für die entgegengesetzte Meinung aus den Basiliken [73]) genommen hat. In diesen heißt es nämlich:

73) *Lib.* XXXV. *Tit.* 3. *Const.* 8. Tom. IV. Fabroti p. 778.

Ἐὰν τυφλὸς ἀγράφως διατίθεται, παρόντων ζ. ἢ ε΄. μαρτύρων καὶ ταπουλλαρίου. etc. i. e. *Si caecus citra scripturam testamentum faciat, praesentibus septem vel quinque testibus et tabulario.*

Man glaubt die Worte ἢ ε΄. *vel quinque*, bezögen sich auf die Codicille. Sam. Stryk[74]) und Michael Gottfr. Wernher[75]) haben auf diesen Beweis ein besonderes Gewicht gelegt. Allein sie haben sich offenbar getäuscht. Es ist ja in den angeführten Worten der Basiliken blos vom Testamente eines Blinden die Rede, und die Worte: ἢ ε΄. μαρτύρων beziehen sich auf die Verordnung des Kaisers Leo des Philosophen, nämlich Novelle 41. vermöge welcher ein Testament eben sowohl vor fünf, als vor sieben Zeugen gültig soll errichtet werden können. Daher lautet unsere Constitution auch eben so bey Constantinus Harmenopulus[76]): Ἄδειαν ἐχέτω ὁ τυφλὸς, εἴτε ἐκ γενετῆς ἢ ἀπὸ νόσου, ἄγραφον διαθήκην ποιεῖν, ἑπτὰ ἢ ε΄. μάρτυρας συγκαλῶν. i. e. *Caecus, sive a partu sive a morbo, testamenti faciendi habeat facultatem, septem aut quinque testibus convocatis.* In Gemäßheit jener Novelle stellt daher auch Harmenopulus[77]) den zu seinen Zeiten bey den Griechen allgemein gültig gewesenen Satz auf: Οὐ μόνον δὲ ἑπτὰ, ἀλλὰ καὶ

74) De iure sensuum. Diss. II. Cap. III. nr. 32. pag. 114.

75) Lectiss. Commentation. in Pand. P. II. Lib. XXIX. Tit. 7. §. 11. pag. 767.

76) Πρόχειρον νομων. seu Manuale Legum. Lib. V. Tit. I. nr. 20. (in *Supplement. Thes. Meerman.* pag. 273. edit. *Reitz.*)

77) Cit. loc. nr. 35. pag. 276. sq.

πέντε παραλαμβανόμενοι μάρτυρες ἔντε ἐγγράφῳ καὶ ἀγράφῳ πάσῃ διαθήκῃ, βεβαίαν αὐτὴν παριστῶσιν. i. e. *Nec septem tantum, sed et quinque testes adsumti, tum in scripto tum in nuncupativo quolibet testamento firmum id reddunt.* Von Codicillen ist erst am Ende der angeführten Stelle in den Basiliken die Rede, wo die Worte so lauten:

Τὸ δὲ αὐτὸ ἔσω, κἂν μὴ διαθήκην, ἀλλὰ κωδίκελλον βούληται ποιῆσαι. i. e. *Idem esto, quamvis non testamentum, sed codicillos ordinare voluerit.*

Hierdurch wird also unsere Meinung, statt geschwächt, nur noch mehr bestärkt.

Daß auch Schenkungen, welche ein Blinder Todes halber errichtet, derselben Form unterworfen sind, scheint mir, da sie zu den letzten Willensverordnungen gehören, und den Vermächtnissen gleichstehen, keinem Zweifel unterworfen zu seyn, wenn gleich mehrere Rechtsgelehrte [78]) anderer Meinung sind.

Streitiger hingegen ist es, ob sie auch auf privilegirte Testamente anzuwenden sey. Ein blinder Vater testirt z. B. unter seinen Kindern. Die meisten Rechtsgelehrten [79]) behaupten, auf solche Testamente sey

78) Stryk de caut. testament. Cap. IV. §. 15. et 16. *Ant.* Faber Cod. definit. for. Lib. VI. Tit. 5. Def. 28. in fin. und Koehnen Diss. cit. Cap. II. Sect. II. §. 6. et 7.

79) *Ben.* Carpzov Jurispr. for. P. III. Constit. VI. Def. 5. nr. 5. et 6. *Jo. a* Sande Decis. Frisic. Lib. IV. Tit. I. Def. 8. *Sam.* Stryk Caut. testament. Cap. IV. §. 17 — 22. *Ulr.* Huber praelect. ad Pand. h. t. §. 5. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentat. in Pand. P. II.

die Vorschrift des Kaisers Justinus nicht anwendbar. Sie räumen daher den Blinden in Ansehung der Form zu testiren dieselben Privilegien ein, welche den Sehenden zustehen, sie müßten nur eben das beobachten, was diese zu beobachten haben. Zur Vorsicht könnte etwa ein Zeuge mehr gebraucht werden, wenn daher ein blinder Vater unter seinen Kindern testire, so sollen schon drey Zeugen hinreichen [80]. Sie sagen, diese Privilegien hätten ihren besondern Grund, eine lex generalis, und dieß sey ja die L. 8., könne daher diesen nicht derogiren. Hierzu komme, daß die L. 8. blos von solennen Testamenten der Blinden rede, wie aus den Worten: *praesentibus septem testibus*, *quos aliis quoque testamentis interesse iuris est*, ganz deutlich erhelle, er habe also von minder feyerlichen Testamenten nichts verordnen wollen. Allein ganz entscheidend sagt ja Justinian §. 4. *J. Quib. non est permiss. fac. testam.*

Caecus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem, quam lex *Divi* Justini patris mei introduxit.

Kann also ein Blinder kein Testament machen, ohne das zu beobachten, was das Gesetz des Kaisers Justinus vorschreibt, so kann er, ohne diese Form zu beobachten, eben so wenig ein minder feyerliches, als ein

Lib. XXIX. Tit. 7. §. 19. pag. 707—713. Koehnen Diss. cit. de forma testam. ext. a coeco observ. Cap. II. Sect. I. §. 10—15. u. m. a.

80) S. *Pet.* Müller ad *Struvium* Exercit. XXXII. Th. 18. lit. o. nr. II. fin. pag. 673. und von Hartitzsch Erbrecht. §. 67. a. E.

solennes Testament errichten, wenn zumal, wie beym Testament der Eltern unter ihren Kindern, zur wesentlichen Form erfordert wird, daß der Testirer den Hauptinhalt des Testaments mit eigner Hand schreibe [81]), und er also die Form des privilegirten Testaments gar nicht einmal zu beobachten im Stande ist.

Eben dieses bestätigt aber auch die Notariatsordnung a. a. O. §. 11. wo es heißt:

„Es ist auch nicht allein in einem Testament eines Blinden, sondern auch in seinen Codicillen und andern seinen letzten Willen noth, solche Form zu halten,"

wodurch also der Grund widerlegt wird, daß das Gesetz blos von solennen Testamenten eines Blinden handle.

Nicht ohne Grund wenden daher Joh. Jac. Wissenbach [82]), Jul. Pacius [83]), Joh. Ulr. von Cramer [84]), Joh. Flor. Rivinus [85]), und besonders Andr. Flor. Rivinus [86]) die Verordnung des Kaisers Justinus auch auf die privilegirten Testamente an.

81) *Nov.* 107. *Cap.* 1.

82) Comment. ad L. 8. Cod. Qui testam. fac. poss. in fin. pag. 539.

83) Analys. Institut. ad §. 4. J. Quib. non est permiss. facere testam. pag. 241. (*Lugduni* 1638. 8.)

84) Wetzlarische Beyträge 4. Th. Nr. II. S. 38. ff.

85) Diss. de testamento parentum inter liberos coram duobus testibus condito, respectu aliarum personarum invalido. (*Lipsiae* 1726.) §. 22.

86) Diss. de testamento parentum privilegiario solenne prius conditum non infirmante. (*Vitembergae* 1754. 4.) §. XV—XVII.

Die Verordnung dieses Kaisers erlaubt übrigens dem Blinden, die Urkunde seines auf die beschriebene Art errichteten letzten Willens nach seiner freyen Wahl einem der Zeugen in Verwahrung zu geben, wem er will.

§. 1406. e.

Testament eines des Schreibens unkundigen Testators.

Mit dem Testamente eines Blinden hat zwar das Testament eines solchen Testirers, welcher des Schreibens unkundig, oder doch zur Zeit der Errichtung desselben zur Unterschrift unfähig ist, wenn es schriftlich errichtet wird, insofern eine Aehnlichkeit, daß, ausser den sonst erforderlichen sieben Zeugen, noch ein achter hinzugezogen werden muß, der in Rücksicht der Unterschrift, des Testirers Stelle vertritt, und deswegen octavus subscriptor genennet wird [87]. Allein offenbar gehen diejenigen zu weit, welche, wie unser Hellfeld, solche des Schreibens unkundige Testatoren auch in sofern den Blinden gleichstellen wollen, daß ihnen bey dem Act des Testirens das von einem Andern für sie geschriebene Testament vorgelesen werden müsse, und sie sich zu dessen Inhalt bekennen müßten [88]. Auch der Richter, sagt man,

87) *L.* 21. *pr. Cod. de testam.* (VI. 23.) Quod si literas testator ignoret, vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito, eadem servari decernimus. — *L.* 28. §. 1. *C. eodem.* S. §. 1415.

88) Carpzov P. II. Decis. CXLIX. *Sam.* Stryk Diss. de iure *ἀναλφαβήτων. Frfti* 1677. (in Ejus *Dissertat. Francof.* Vol. III. nr. 15.) Cap. IV. nr. 24. *Just. Henn.* Boehmer Diss. de testamento non praelecto. §. 10 — 44. (in *Exercitation. ad Pand.* Tom. IV. p. 908. sqq.) *Jo. Henr. de* Berger Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV

dürfe das Testament, welches ihm von einer des Schreibens unkundigen Person übergeben wird, gar nicht anders annehmen, als wenn es von ihm dem Testator vorgelesen, und von diesem genehmiget worden ist [89]). Darüber ist man wohl einig, daß wenn der Testator zwar nicht schreiben, aber doch Geschriebenes lesen kann, ein Vorlesen des Testaments nicht erforderlich sey [90]). Denn man setzt hier einen solchen Testator voraus, der weder schreiben noch Geschriebenes lesen kann. Man nennt ihn einen Idioten, oder Analphabeten, Illiteratus. Es kann auch wohl keinem Zweifel unterworfen seyn, daß wenn ein solcher Idiot seinen letzten Willen dem achten Zeugen in Gegenwart der übrigen sieben Zeugen dictirt hätte, eine Vorlesung desselben nicht nöthig sey. Denn hier erfordern die Gesetze nicht einmal beym Testament eines Blinden die Vorlesung. Das

Th. IV. Not. a. pag. 369. edit. *Haubold.* *Jo. Matth.* Seutter Diss. de testamento analphabeti. *Altdorfii* 1710. 4. §. XI. sqq. *Jo. Ulr. de* Cramer Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 1131. *Jo. Ad. Th.* Kind Quaestion. forens. Tom. I. Cap. 91. *Melch. Dethm.* Grolmann Comment. de necessaria ultimarum voluntatum praelectione. Cap. II. §. 9. et Cap. III. §. 2. *Franc. Jos.* Müller Diss. de subscriptione testatoris analphabeti per cruces, praes. *Jo. Franc. Christoph.* Wiesen def. *Wirceburgi* 1778. 4. §. XXX.

89) Stryk de caut. testamentor. Cap. IV. §. 26. in fin. *Jo. Balth. a* Wernher select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 64. *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 24.

90) Carpzov. c. l. nr. 8. Berger c. l. Seutter cit. Diss. §. 8—10.

Testament ist hier eigentlich nur ein testamentum nuncupativum, in scripturam redactum. Es wird daher nur vorzüglich darüber gestritten, ob nicht wenigstens in dem Falle, da der Testator, welcher weder schreiben noch Geschriebenes lesen kann, vor der Vollziehung der Testamentshandlung seinen letzten Willen von einem Andern schriftlich hat aufsetzen lassen, er übergebe ihn nun entweder dem Gericht, oder solennisire ihn aussergerichtlich, das Vorlesen und Anerkennen desselben zur völligen Gewißheit des Willens nothwendig sey? Dieß ist es nun, was viele für so unzweifelhaft halten, daß sie glauben, es verstehe sich das schon von selbst. Denn schon die Natur der Sache lehre ja, daß ohne das Vorlesen des Testaments keine juristische Gewißheit des letzten Willens vorhanden sey. Bey einem gerichtlichen Testament falle dieses noch mehr in die Augen. Denn wie könne das Gericht, ohne die Vorlesung und Genehmigung des Testaments, bezeugen, daß das ihm übergebene Testament den Willen dieses Testators enthalte? Allein diese Gründe sind von dem H. Geh. Hofrath Thibaut[91]) so vollständig und gründlich widerlegt worden, daß ich zu deren weitern Entkräftung nichts hinzuzufügen weiß. Warum sollte denn auch nicht der Versicherung des Illiterati, dieses Testament, welches er dem Richter übergiebt, oder den Zeugen zur Unterschrift vorlegt, sey das seinige, geglaubt werden können, da ihm ja die Mittel zu Gebote standen, sich von der Richtigkeit des Niedergeschriebenen vollkommene Ueberzeugung zu verschaffen? Ein falsum ist ohnehin nicht leicht zu besorgen, da sich der Testator

91) Ueber Testamente der Schriftunkundigen, im Archiv für die civilist. Praxis von den HH. von Löhr, Mittermaier und Thibaut. 6. Bd. Nr. XII. S. 226—257.

gewiß zur Niederschreibung seines letzten Willens eines anerkannt redlichen Mannes bedienen wird, und dann bleibt ja auch der Beweis des falsi immer vorbehalten. Man unterscheide doch, was Vorsicht und Klugheit dem Testator gebietet, von dem, was zur gesetzlich vorgeschriebenen Solennität des Testaments gehört. Um die Gewißheit des letzten Willens ausser allen Zweifel zu setzen, und demselben die sicherste und schleunigste Wirkung zu verschaffen, ist freylich die Vorlesung des Testaments nicht füglich zu unterlassen; aber sie kann nicht als ein nothwendiges Requisit zur Gültigkeit des Testaments eines Illiterati angesehen werden. Wäre dieß, so gehörte sie zu dem Formellen des Rechts, und dann möchte auch noch so klar erwiesen seyn, daß das Testament von dem wirklich herrühre, von dem es herrühren soll, und sein Inhalt der Ausfluß eines freyen, wohlüberlegten, und ernsten Willens des Testators sey; das Testament würde dennoch ungültig seyn und bleiben. Allein das Vorlesen des Testaments gehört offenbar nur zu dem Willkührlichen, was der Vorsicht der Privaten überlassen, und auf den Beweis berechnet ist. Es gehört also der Materie des Rechts an, wobey die allerfreyeste und unumschränkteste Beurtheilung der Umstände eintritt [92]. Daß aber die Vorlesung und Anerkennung des Testaments eines des Schreibens unkundigen Testirers nicht der Form, sondern blos der Materie des Rechts angehöre, ist leicht zu erweisen. Die schon oben angeführte *L. 21. Cod. de testament.*, eine Constitution von den Kaisern Theodos und Valentinian [93],

92) S. Dernburg's Beyträge zur Geschichte der Testamente. §. 21. S. 138 u. f.

93) S. die Novellae constitutiones Imperator. Justiniano

bestimmt ganz genau die Form des schriftlichen Testaments. Die Zeugen sollen hier nicht gerade den Inhalt des Testaments erfahren, *si nullum scire volunt* (sc. qui testamentum conficiunt) *ea, quae in eo scripta sunt.* Der Testator soll ihnen nur das Testament vorzeigen, solches für das seinige erklären, und dann in ihrer Gegenwart dasselbe eigenhändig unterschreiben. Hierauf sollen auch die dazu berufenen Zeugen zu derselben Zeit das Testament unterschreiben und siegeln. Es soll also daraus keine Ungültigkeit entstehen, daß die Zeugen nicht wissen, was in dem Testamente enthalten ist. Nun kommt das Gesetz noch be-

anterior. collect. a *Jo. Dan.* Rittero, (adject. Cod. Theodos. *Jac.* Gothofredi Tomi VI. Part. II.) Lib. I. Tit. 9. pag. 29. und Hugo ius civ. Antejust. Tom. II. Lib. I. Tit. 16. pag. 1251. sqq. Die hieher gehörigen Worte der *L.* 21. *Cod. de testam.* sind: Hac consultissima lege sancimus, licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt ea, quae in eo scripta sunt, consignatam vel ligatam, vel tantum clausam involutamque proferre scripturam, vel ipsius testatoris, vel cuiuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem numero, civibus Romanis, puberibus, omnibus simul offerre signandam et subscribendam: dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit: quo facto, et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus, testamentum valere: nec ideo infirmari, quod testes nesciant, quae in eo scripta sunt testamento. *Quod si literas testator ignoret, vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito, eadem servari decernimus.*

sonders auf den Fall, wenn der Testator nicht schreiben kann, und sagt für diesen Fall, es soll auch in diesem eben das beobachtet werden, nur mit der Einschränkung, daß noch ein achter Zeuge zugezogen werden soll, der statt des Testators das Testament unterschreibt. Hier hätte nun doch auch verordnet werden müssen, daß das Testament dem Testator solle vorgelesen, und von ihm anerkannt werden. Allein das Gesetz sagt davon kein Wort. Es erhellet vielmehr aus den Worten: EADEM *servari decernimus*, daß es auch bey einem solchen Testator genügt, wenn er den Zeugen erklärt, das ihnen vorgelegte Testament sey sein letzter Wille, und sie dann unterschreiben und siegeln heißt. So konnte der Gesetzgeber nicht sprechen, wenn er ein Vorlesen des Testaments für nöthig gehalten hätte. Ja er konnte ein solches Vorlesen des Testaments gar nicht einmal vorschreiben, weil ja dann der Inhalt des Testaments zur Kenntniß der Zeugen gebracht werden würde, welches doch durch ein schriftliches Testament vermieden werden soll. Würde also der Gesetzgeber nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathen? Daher gilt es auch dem Gesetzgeber gleichviel, ob der Testator weder schreiben, noch Geschriebenes lesen, oder zwar schreiben kann, aber wegen seiner Krankheit zum Unterschreiben des Testaments unfähig ist. Der Ungrund des analogischen Schlusses von einem Blinden auf einen Schreibensunkundigen erscheint nun in seiner ganzen Blöße. Dachte man denn nicht daran, daß der Blinde nur mündlich, der Schreibensunkundige aber schriftlich testiren kann? Auch Kaiser Leo (Novelle 69.) macht auf den wichtigen Unterschied zwischen der *L.* 8. *C. Qui testam. fac. poss.* und *L.* 21. *C. de testam.* auf-

merksam, und sagt uns nochmals deutlich, daß zwischen einem Testator, welcher schreiben kann, und einem Schriftunkundigen kein weiterer Unterschied sey, als daß letzter, wenn er schriftlich testirt, einen Andern zum Unterschreiben des Testaments zuziehen müsse [94]. Diese richtigere Meinung vertheidigen denn auch Johann Schilter [95]) Fried. Es. von Pufendorf [96]), Aug. von Leyser [97]), Carl Christph. Hofacker [98]), Carl Joh. Wilh. Köhnen [99]), Gottfr. Lud. Winkler [100]), Adolph Diet. Weber [1]), und von Wening-Ingenheim [2]).

§. 1407.

Mangel des zum Testiren erforderlichen Status.

Nach dem Röm. Rechte kann nur testiren, wer

94) Die Worte lauten so: μηδὲν ἕτερον ἀκριβολογούμενος ἢ τὸ αὐτὸν διατιθέμενον, οὐκ ὄντα μὲν ἀμαθῆ γραμμάτων, οἰκείᾳ ὑπογραφῇ τὴν διάταξιν ἀσφαλίζεσθαι. εἰ δ᾽ ἐλάττων ἐκεῖνος παρέχειν τὴν τοιαύτην ἀσφάλειαν, ἄλλον ανθ᾽ ἑαυτοῦ πρὸς την ὑπογραφὴν παραλαμβάνειν.

95) Prax. iuris Rom. Exerc. XXXVIII. ad §. 43.

96) Animadversion. iuris Animadv. LXXVI.

97) Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLIII. medit. 4.

98) Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. § 1265. fin.

99) Diss. de forma testam. externa a coeco observanda. Cap. II. Sect. I. § 9. not. k.

100) Progr. de praelectione iudiciali in testamento illiterati haud necessaria. *Lipsiae* 1789. 4.

1) Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1406. S. 217. a. E.

2) Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2 Bd. V. Buch § 447 S. 184. der 3. Aufl.

civis und sui iuris ist [3]. Unfähig zum testiren waren also

1) Sclaven [4]. Sie hatten keine individuelle Persönlichkeit, und konnten auch keinen Nachlaß haben [5]. Sie konnten daher über ihr Peculium kein gültiges Testament errichten, wenn es ihnen auch der Herr erlaubte. Denn die Testamentifaction ist iuris publici. Es hing daher lediglich von dem Willen des Herrn ab, in wie fern er einen solchen letzten Willen seines Sclaven gelten lassen wollte [6]. Eine Ausnahme hatte jedoch bey den servis publicis Statt. Darunter verstand man überhaupt solche Sclaven, welche dem Staate, oder einer Stadt, auch wohl nur einer Municipalstadt gehörten, und zu öffentlichen, sowohl religiösen, als weltlichen, selbst gerichtlichen Geschäften, ja zuweilen sogar zur Vollziehung der Todesstrafen gebraucht wurden [7]. Es waren aber

3) Gajus *Comm. I.* §. 22. 23. *et* 25. *III.* §. 75. Ulpian. *Fragm. Tit. XX.* §. 10. *et* 14. *L.* 1. *pr. D. ad Legem Falcid.* (XXXV. 2.) *Hug.* Donellus Commentar. de iure civ. Lib. VI. Cap. 5. §. 3. et 4. (Vol. III. pag. 302. sq. edit. noviss. *Norimberg.*)

4) *L.* 16. *pr. L.* 19. *D. h. t.*

5) Zimmern Grundriß des Erbrechts im Anhange S. 49.

6) Ein Beyspiel von sich selbst erzählt Plinius Caecilius *Epistol. Lib. VIII. Ep.* 16. Er klagt daselbst über die Sterbfälle seiner Sclaven, und tröstet sich damit, daß er ihnen erlaubt habe, *quasi testamenta* facere, eaque, sagt er, ut legitima custodio. S. *Alb. Diet.* Treckel Tr. de origine atque progressu testamentifact. Cap. III. §. 62. pag. 205. und Joh. Ge. Estor von dem Quasi-Testamente, in Desselben neuen kleinen Schriften 2. Bd. (Marburg 1762. 8.) Nr. LXXIII. S. 708 — 711.

7) Livius *Lib. XXVI. cap.* 47. Plinius *Lib. X. Epist.* 30. *et* 31. *VII. Ep.* 18. Livius *Lib. IX.* 29. *et XLIII.* 16.

nur die servi publici Populi Romani, die Sclaven des Staates, denen über die Hälfte ihres, doch wohl übrigens nur wie ein Peculium anzusehenden, und also in dem Eigenthume des Staates befindlichen Vermögens zu testiren erlaubt war [8]).

Tacitus *Hist. Lib. I. Cap. XLIII. nr.* 3. Gellius *Noct. Attic. XIII.* 13. Cicero *Orat. Philip. XIII.* 12. Vellej. Paterculus *Lib. XI. cap.* 19. *nr.* 2. S. *Pet.* Pithoeus ad Mosaic. et Romanar. Legg. collat. Tit. 5. not. 4. bey *Schulting.* pag. 753. *Sam.* Pitisci Lexicon. Antiquit. Rom. Tom. III. pag. 423. und *Henr.* Cannegieter de mutata romanor. nominum sub Principibus ratione. (*Trajecti ad Rhen.* 1758.) pag. 45.

8) Ulpian. *Fragm. Tit.* XX. §. 16. Servus publicus *populi Romani* partis dimidiae testamenti faciendi habet ius. So nach der richtigen Lesart in Hugo iure civili Antejust. Tom. I. pag. 61. Denn die Lesart: Servus publicus *Praetoriani* parte dimidia testamenti faciendi habet ius, in *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Antejust. pag. 632. und in *Jo.* Cannegieter Fragment. Domitii Ulpiani pag. 89. ist offenbar unrichtig, so sehr sich auch Joh. Ge. Estor in den neuen kleinen Schriften 2. Bd. 6. St. Nr. LXXIV. §. 4. ff. S. 713. ff. gemartert hat, dem Wort *praetoriani* einen vernünftigen Sinn beyzulegen. Schon *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XVII. Cap. 28. hat bemerkt, daß durch Mißverstand der Siglen P. R. die Lesart *praetoriani* erzeugt worden sey, indem vielmehr *Populi Romani* gelesen werden müsse, und die Richtigkeit dieser Emendation hat sein Schüler *Ant.* Foquelinus in Praelection. Aurelian. ad Titt. Instit. de vulg. et pupill. substitut. (*Lugd. Batav.* 1676. 12.) pag. 117 — 123. ausser allen Zweifel gesetzt. Dennoch verwirft *Greg.* Majansius in Disp. de testamento facto apud hostes (S. die Note 10. a E.) §. 17. diese Emendation, und will statt praetoriani lieber *Praetorisve* lesen. Denn

2) Unfähig zum Testiren waren ferner römische Bürger, welche in feindliche Gefangenschaft gerathen waren, nämlich während derselben, weil die Gefangenschaft zum Sclaven machte [9]). Ein Testament, welches ein Röm. Bürger, während er sich in feindlicher Gefangenschaft befand, errichtet hatte, galt nicht, obgleich er daraus zurückkehrte [10]). Hatte er aber vorher testirt,

jede Stadt, sagt er, hatte ihren Sclaven. *L. ult. D. Quod cuiusque univ. nomine. L. ult. Cod. de servis reip. manumittendis.* Diese Sclaven seyen servi publici genennt, (*L.* 18. *D. de adopt. L.* 2. *D. rem pupill. salv. fore*) und zum Dienst der Magistratspersonen, (Livius Lib. XLIII. Cap. 18) und insonderheit auch zum Dienst des Prätors gebraucht worden. Allein daß die servi publici deswegen den Namen von einem Röm. Magistrate geführt hätten, findet sich nirgends. Sie hatten auch nicht alle gleiche Rechte. Nur servi publici Populi Romani waren es, nicht servi civitatum und municipiorum, welche das Recht hatten über die Hälfte ihres Peculiums ein Testament zu machen. S. *Pet.* Faber Semestrium Lib. II. Cap. 24. pag 367. sqq. (*Genevae* 1660. 4.) *Jac.* Cujacius ad *Ulpian.* fragm. c. 1. bey Schulting pag. 632. *Herm.* Vultejus in Institut. iuris civ. Comment. ad §. fin. Tit. Quib. non est permiss. fac. testam. und Zimmern Gesch. des Röm. Priv. R. 1. Bds. 2. Abth. §. 183. S. 672.

9) Paulus *Sent. Recept. Lib. III. Tit* 4. *A.* §. 8. §. 5. *J. Quib. non est permiss. fac. test. L.* 8. *pr. D. h. t.* Auch selbst das militärische Recht machte hier keine Ausnahme. *L.* 10. *D. de testam. milit.* (XXIX. 1.) Es mußten nur aber wirkliche Feinde seyn, die von den Römern selbst, als solche, geachtet wurden. Denn die von Räubern waren gefangen worden, blieben frey, und konnten daher testiren, wie Marcian lehrt *L.* 13. *pr. D. t.*

10) *L.* 8. *pr. D. h. t.* Den Grund enthält *L.* 201. *D. de*

während er noch im Staate war; so kam er entweder aus der Gefangenschaft zurück, oder er starb darin. Im ersten Falle galt das Testament iure postliminii [11]). Hierdurch trat der gefangen gewesene Römer dergestalt

reg. iur. Man vergl. auch *L.* 210. *D. eod.* und *Jos. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. VI. Cap. 8. nr. 1. (in *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 201.) Auf diesen Fall, da ein Testament während der Gefangenschaft war gemacht worden, war aber auch weder die Fiction des Postliminiums noch der Lex Cornelia anwendbar. Denn vermöge der Fiction des Postliminiums wird die Zeit der Rückkehr mit der Zeit der Kaptivität, vermöge der Fiction der Lex Cornelia aber wird die Zeit der Kaptivität mit der Zeit des Todes verbunden. Tempora captivitatis, sagt Papinian *L.* 44. §. *ult. D. de usurpat. et usucap.* (XLI. 3.) ex die, quo capitur, morti iunguntur. Die mittlere Zeit, da die Gefangenschaft Statt fand, wird also nach beyden abgerechnet, oder vielmehr gar nicht gerechnet, gar nicht anerkannt. Hat also Jemand während dieser Zeit testirt, so hat er sein Testament zu einer solchen Zeit gemacht, wo er es nicht machen konnte, weil diese Zeit nicht gerechnet wird. Er hat es also zu keiner Zeit gemacht. Kehrt er nun auch zurück, so kann ja ein solches Testament nicht iure postliminii convalesciren, was als gar nicht gemacht angesehen wird. Stirbt er aber in der Gefangenschaft, so hat er ja sein Testament zu einer solchen Zeit gemacht, wo nach der Fiction des Cornelischen Gesetzes angenommen wird, er sey nicht mehr am Leben, also war sein Testament auch hier für nichts zu rechnen. Man sehe vorzüglich *Greg.* MAJANSII Disp. de testamento facto apud hostes. In Eius *Disputation. iuris* Tom. I. (*Lugd. Bat.* 1752. 4.) Disp. XXXI. pag. 461—473.

11) *L.* 6. §. 12. *D. de iniusto, rupt. et irrit. testam.* (XXVIII. 3.)

wieder in seine vorigen Rechtsverhältnisse ein, als wären sie nie unterbrochen worden [12]). In dem letzten Fall hingegen ward das vor der Gefangenschaft gemachte Testament durch die Fiction aufrecht erhalten, der Testator sey schon im Augenblick der Gefangenschaft, also noch im letzten Moment seiner Freyheit gestorben [13]), welche durch eine lex Cornelia [14]), gewiß eben diejenige, welche Cornelius Sulla gegen Fälschungen und höchst wahrscheinlich auch gegen das Unterschieben und Unterschlagen von Testamenten derer, die in feindlicher Gefangenschaft gestorben waren, und insofern testamentaria genannte [15]), gegeben hat, ist eingeführt worden [16]). Was von Testamenten gesagt worden, gilt auch von Codicillen. Daher gelten Codicille, die ein Römer während seiner Gefangenschaft gemacht hatte, so wenig, wie ein Testament, wenn er

12) Gajus *Comm. I.* §. 129. §. 5. *J. Quib. mod. ius potest. solvit.* (I. 12.) *L.* 4. *L.* 5. §. 1. *L.* 19. *pr. D. de captiv. et de postlimin.* (XLIX. 15.)

13) Ulpian. *Fragm. Tit. XXIII.* §. 5. *L.* 12. *D. h. t. L.* 15. *D. de iniusto, rupto, irrito testam.* (XXVIII. 3.) *L.* 28. *D. de vulg. et pupill. substitut.* (XXVIII. 8.) *L.* 10. *pr. L.* 18. *D. de captiv. et postlim.* §. 5. *J. Quib. non est permiss. fac. test.*

14) S. *Jos. Fernand. de* Retes Opusculor. Lib. VI. Cap. 14. et 15. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 302—307.)

15) Paulus *Sentent. Recept. Lib. IV. Tit.* 7. *et Lib. V. Tit.* 25. *L.* 1. *D. de publ. iud.* (XLVIII. 1.) §. 7. *J. de publ. iud.* (IV. 18.)

16) Hugo Gesch. des Röm. Rechts S. 540. der 8. und 593. der 10. Aufl. und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. Band. §. 196. S. 723.

auch gleich noch vorher ein Testament gemacht, und diese darin bestätiget hätte. So lehrt **Marcianus** *libro II. Regularum* [17]). Quaedam non referuntur ad confirmationem codicillorum, veluti si ante captivitatem quis codicillos confirmaverit, et in captivitate codicillos scribat, *nam non valent.* Denn man hielt sich streng an den Grundsatz: Codicillos is demum facere potest, qui et testamentum facere potest [18]). Dennoch siegte hier, wie **Tryphoninus** *libro IV. Disputationum* [19]) sagt, die Billigkeit über die Subtilität des Rechts. Es heißt nämlich an dem angeführten Orte:

Codicilli, si quos in tempore captivitatis scripserit, non creduntur iure civili confirmari testamento, quod in civitate fecerat: sed nec fideicommissum ex his peti potest, quia non sunt ab eo facti, qui testamenti factionem habuit. Sed quia merum principium eorum in civitate constituto captivo factum est, id est in testamento confirmatio codicillorum, et is postea reversus est, et postliminio ius suum recepit, humanitatis rationi congruum est, eos codicillos ita suum effectum habere, quasi in medio nulla captivitas intercessisset.

17) *L. 7. pr. D. de iure codicillor.* (XXIX. 7.) Wie genau die Zeit der Testamentserrichtung von der Zeit, da die Codicille errichtet worden sind, zu unterscheiden sey, lehren *L. 8. §. 4. D. eod. L. 17. §. ult. D. de testam. milit. L. 17. L. 92. D. ad Leg. Falcid.* und *L. 7. D. Qui et a quib. manumissi.*

18) *L. 6. §. 3. D. eod.*

19) *L. 12. §. 5. D. de captivis et postlimin.* (XLIX. 15.)

Anton Faber [20]) will zwar das, was hier vom Tryphonin aus Gründen der Billigkeit ist angenommen worden, für einen Zusatz und Erfindung von Tribonian halten, welcher hier wieder seine Unwissenheit verrathen habe, indem bekannt, daß das ius postliminii, welches das Andenken der Gefangenschaft vertilge, und die beyden Extreme der Kaptivität und Rückkehr verbinde, nicht zu der Fiction berechtige, als ob dasjenige, was während der Gefangenschaft geschehen, zu einer andern Zeit geschehen sey, und daher nie auf Handlungen erstreckt werden könne, die während der Kaptivität vorgenommen worden sind. Allein Joseph Fernandes de Retes [21]) hat Tribonians Ehre gerettet, und die Aechtheit des Fragments ausser Zweifel gesetzt. Es ist hier durchaus nichts zu finden, was gegen die Grundsätze des Rechts anstoßen sollte. Geht man von dem Grundsatz aus, daß ein Testament nach dem strengen Recht irritum werde, wenn der Testirer nachher in feindliche Gefangenschaft geräth [22]); so waren die während der Kaptivität errichteten Codicille als solche anzusehen, welche ab intestato gemacht worden, wenn sie an sich, abgesondert vom Testamente, betrachtet werden. Solche Codicille haben das Eigene, daß wenn sie auch im Zustande der Unfähigkeit gemacht worden sind, dieselben dennoch gelten, wenn derjenige, welcher sie errichtet hat, noch vor seinem Tode die Testamentsfähig-

20) Jurispr. Papinian. scient. Tit. XI. Princ. VIII. Illat. 10. pag. 620. sq.

21) Opusculor. Lib. VI. Cap. 8. nr. 4. et 5. (in *Th. Meerman*. Tom. VI. pag. 291. sqq.)

22) §. 5. *J. Quib. mod. testam. infirm.* L. 6. §. 5. *D. de iniusto, rupto, irrito testam.* (XXVIII. 3.)

keit erlangt, weil angenommen wird, als wären sie jetzt erst gemacht worden [23]). Hier hatte nun aber der Gefangene noch vorher ein Testament gemacht, und darin die Codicille schon zum voraus bestätiget, welche er nachher während der Gefangenschaft errichtet hat. Kehrt er aus derselben zurück, so tritt er in die vorigen Rechtsverhältnisse wieder ein, als ob er nie in der Gefangenschaft gewesen wäre. Das Testament erhält daher seine vorige Gültigkeit wieder vermöge der Fiction des Postliminiums. Nun waren die Codicille in diesem Testamente bestätiget worden, sie mußten also auch billig als ein Theil des Testaments gelten, eben so als ob gar keine Kaptivität eingetreten wäre. Eben so entscheidet in einem ähnlichen Falle auch Paulus *libro singulari de iure codicillorum* [24]). Man hat daher gar nicht nöthig, mit Faber einen Tribonianismus anzunehmen. Den Captivis werden in den römischen Gesetzen gleichgestellt

3) Die Geißeln (obsides), nämlich solche, welche die Römer von andern Nationen, mit denen sie Krieg geführt, durch den Friedensschluß zu ihrer Sicherheit erhalten hatten [25]). Diese konnten auch schon als pere-

23) *L.* 1. §. 1. *D. de legat. XXXII.* Ulpian. *libro I. Fideicommissorum.* Sed si filiusfamilias vel servus fideicommissum reliquerit, non valet. Si tamen manumissi decessisse proponantur, constanter dicemus, fideicommissum relictum videri, *quasi nunc datum*, *cum mors ei contigit.* S. *de* Retes Opusculor. Lib. I. Cap. 22. nr. 17. pag. 75.

24) *L.* 8. §. 3. *D. de iure codicillor.* S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen. 2. Th. §. 1899.

25) Suetonius *in Aug. cap.* 21. Tacitus *Annal. Lib. II.*

grini bey den Römern nicht testiren, es müßte ihnen denn ausdrücklich gestattet worden seyn [26]). Starben sie, so zog ihr Vermögen, nach einem Rescript des Divus Commodus, eben so wie das Vermögen der in Röm. Kriegsgefangenschaft Gerathenen, der Fiscus ein [27]), wenn es ihnen nicht durch ein beneficium principale war vorbehalten worden, welches sie dadurch erhielten, wenn ihnen war erlaubt worden bürgerliche Kleidung zu tragen (accepto usu togae romanae) [28]). Dann wurden sie wie cives romani behandelt, und konnten nach einem Rescript der divorum Fratrum auch sogar von römischen Bürgern zu Erben eingesetzt werden [29]).

Was von römischen Sclaven, Kriegsgefangenen, und Geisseln gesagt worden ist, fällt jetzt weg [30]).

cap. 1. Die Römer pflegten ihren Feinden keine Geisseln zu geben. S. Westphal von Testamenten. §. 54.

26) *L.* 11. *D. h. t.* S. *Pagan.* Gaudentii iuridicar. Exposition. Lib. II. cap. 2. (Tom. III. *Thes. Otton.* p. 370.) und *Jos.* Finestres Hermogenian. pag. 109.

27) *L.* 31. *D. de iure fisci.* (XLIX. 14.)

28) Peregrini durften sich nur eines Palliums bedienen. Daher der Unterschied zwischen einem Togatus und Palliatus bey Sueton. *in Claudio.* Cap. 15. Die Toga war den Röm. Bürgern so eigen, daß Virgil die Römer davon eine gens togata nennt, und es war daher gleichviel, accipere ius togae oder ius civitatis. S. *Greg.* Majansius Disp. cit. §. 5. und Ferrarius de re vestiar. P. II. Lib. IV. cap. 3.

29) *L.* 32. *D. de iure fisci.*

30) S. Stryk de caut. testam. Cap. III. §. 45. *Jo.* Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. XXXVIII. §. 19. und Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 24.

Schon Kaiser Leo der Philosoph [31]) hatte hierin mildere Grundsätze aufgestellt, die dem heutigen Kriegs- und Völkerrechte entsprechen. Daß auch Leibeigne in Deutschland testiren können, ist bekannt [32]).

Da das Recht zu testiren zu den Vorzügen der römischen Bürger gehörte [33]), so konnten

4) Nichtrömer kein Testament machen. Ausgeschlossen waren daher die Peregrini, die Latini Juniani und Dedititii [34]). Da jedoch in der Folge der Unter-

31) *Nov. XL.*

32) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 25. Just. Claproth von Testamenten. §. 6. und Mittermaier Grds. des gemein. deutsch. Privatrechts. §. 79. Was in der Notariatsordnung Maximilians Tit. von Testamenten §. 7. vorkommt, ist jetzt nicht mehr anwendbar. S. Runde Grds. des gem. deutsch. Privatrechts §. 552. und Danz Handbuch des heutigen deutsch. Privatrechts. Bd. VI. S. 107. f.

33) S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. Bandes 2. Abth. §. 124.

34) Ulpian. *Fragm. Tit. XX.* §. 14. Gehörte jedoch der Peregrinus einer gewissen Stadt an, so konnte er nach den Gesetzen seiner Stadt testiren. Dieses Recht konnte ihm nicht benommen werden, *ut adversus* (das heißt hier soviel als secundum) *leges civitatis suae testetur*, wie Ulpian a. a. O. sagt. Man sehe hier die gelehrte Note *Ant.* Schultingii in Jurispr. vet. Antejust. p. 631. sq. Ein dedititius aber konnte nicht einmal als peregrinus testiren, *quoniam nullius certae civitatis est.* Die gemeine Lesart: civitatis *sciens*, bey *Ant.* Schulting c. l. ist wohl unstreitig unrichtig. Cujacius liest dafür civitatis *civis est.* Diese Lesart billigt auch Schulting ad h. l. not. 44. und Hugo in iure civ. Antejust. Tom. I. p. 61.

schied zwischen Römern und Fremden innerhalb des Staatsgebiets aufgehört, und Justinian vollends den Unterschied zwischen Bürgern, Latinen, und Dedititien aufgehoben hat [35]), so galt das, was das ältere Recht verordnet hatte, nachher nur noch bey Ausländern, welche man Barbari nannte, und bey solchen Römern, welche wegen eines Verbrechens die Civität verloren hatten, wie z. B. in insulam deportati, welche nicht testiren konnten [36]). In Deutschland findet aber auch nicht einmal ein Unterschied zwischen Einheimischen und Ausländern in Absicht auf das Recht zu testiren Statt [37]). Blos Relegirte verloren jedoch selbst nach

hat sie in den Text aufgenommen. Allein *Jo.* Cannegieter ad Domitii Ulpiani fragmenta h. l. pag. 88. meint, die gemeine Lesart könne bestehen, wenn man sie nur recht erkläre. *Sciens*, sagt er, sey eine Abbreviatur, welche aus mehreren Worten zusammengesetzt sey, nämlich aus *sicuti*, welches die Alten nach Magno SCI. geschrieben hätten, ferner en. nach Valerius Probus für *etiamnunc*, und das letzte S. bedeute nach beyden soviel als *sunt*. Ulpian habe demnach so geschrieben: *quoniam nullius certae civitatis, sicuti etiamnunc sunt.* Latini Juniani konnten nach der Lex Junia Norbana nicht testiren. Gajus *Comm. I.* §. 23. Man vergleiche noch *van der* Hoop Diss. de iure peregrinorum. *Lugd. Batav.* 1759. und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. Bd. §. 201. und 208.

35) §. 3. *J. de libertin. Lib. VII. Tit.* 5. *et* 6. *Cod. de dedititia*, it. *de latina libertate tollenda.* S. Zimmern Gesch. §. 123. u. §. 124. und den 2. Th. des Commentars §. 125. u. 126.

36) *L.* 8. §. 2. *D. h. t.*

37) *Auth.* Friderici II. Omnes peregrini *Cod. Communia de Successionibus.* (VI. 59.) S. den 2. Theil des Com=

dem Röm. Rechte das ius testamenti faciendi nicht, weil ihnen die Civität blieb [38]. Ein gleiches Recht hatten diejenigen, welche nicht auf immer, sondern nur eine Zeitlang zum opus publicum waren verurtheilt worden. Auch diese behielten, eben so wie Relegirte, die Civität, und konnten testiren [39].

5) Zum Tode Verurtheilte, oder die überhaupt zu einer *poena capitalis* rechtskräftig waren verurtheilt worden, verloren nach dem Röm. Rechte, wegen der mit jeder Capitalstrafe in der Regel verbundenen Vermögensconfiscation [40], das Recht ein Testament zu machen. So lehrt Gajus *libro XVII. ad Edictum provinciale* [41]:

Hi vero, qui ad ferrum, aut ad bestias, aut in metallum damnantur, libertatem perdunt, bona-

mentars §. 127. Mittermaier's Grdf. des gem. deutsch. Priv. R. §. 100.

38) *L.* 8. §. 3. *D. h. t.*

39) Paulus *Sentent. Receptar. Lib. III. Tit.* 4. *A.* §. 9. Callistratus *L.* 28. §. 1. *D. de poenis.* (XLVIII. 19.) Ulpian. *L.* 7. §. 3. *D. de Interdict. et relegat.* (XLVIII. 22.) S. Westphal von Testamenten. §. 57.

40) *L.* 1. *pr. D. de bonis damnatorum.* (XLVIII. 20.)

41) *L.* 8. §. 4. *D. h. t. Lud.* Mencken Diss. de testamenti factione damnatis ad mortem iure civili denegata, et moribus plerisque asserta. *Lipsiae* 1694. 4. Ich bemerke hier nur zur Erläuterung des §. 4. *L.* 8. daß die Redensart *ad ferrum* damnari, so wie die in der nachher angeführten *L.* 6. vorkommende *ad gladium*, soviel heißt, als ad ludum gladiatorium damnari. S. Brissonius de Verbor. Signific. voc. *ferrum* nr. 3. et voc. *gladium* nr. 2.

que eorum publicantur: unde apparet, amittere eos testamenti factionem.

Auch das Testament verlor seine Gültigkeit, es wurde irritum, was der Verbrecher vor seiner Verurtheilung gemacht hatte. Denn der Verurtheilte erlitte eine capitis deminutio maxima. Er verlor die Freyheit, und wurde ein poenae servus, wie Ulpian *libro X. ad Sabinum* [42]) sagt:

Sed et si quis fuerit capite damnatus, vel ad bestias, vel ad gladium, vel ad aliam poenam, quae vitam adimit, testamentum eius irritum fiet, et non tunc, cum consumtus est [43]), sed cum sententiam passus est [44]): *nam poenae servus efficitur.*

Dieses Recht entstand erst unter den Kaisern. Denn zur Zeit der Republik erlitten die capite damnati, selbst die zum Tode Verurtheilten, keine capitis deminutio maxima [45]). Sie konnten daher sogar noch nach der

42) *L.* 6. §. 6. *D. de iniusto, rupto, irrito testament.* (XXVIII. 3.) Auch Gajus *L.* 8. §. 1. *D. h. t.*

43) Id est, *cum poena ei irrogata est*, wenn er hingerichtet worden ist. S. Brissonius de Verb. Signif. voc. *Consumere* nr. 4.

44) Id est, *cum condemnatus est.* Der Ausdruck *sententiam pati* für condemnari kommt auch in der Rubrik des Tit. 23. libri XLVIII. vor.

45) *Car. Frid.* Walch in Diss. de donatione capite damnati (*Jenae* 1766. 4.) §. 2. will zwar den Ursprung der servitus poenae vom Tullus Hostilius herleiten, von dem Livius Lib. I. cap. 26. erzähle, daß er ein Gesetz gegeben, daß diejenigen Bürger, welche wegen eines Capitalverbrechens wären verurtheilt worden, zuvor von den Duumvirn für perduelles, d. h. für hostes, und der Rechte der Ei-

Verurtheilung Testamente errichten, und auch die früher von ihnen errichteten wurden bey Kräften erhalten. Hatten sie nicht testirt, so wurden die Intestaterben zur Erbschaft gelassen [46]). So blieb es noch unter den er-

vität für verlustig erklärt werden sollten. Hieraus erkläre sich auch, wenn Justinian *Nov. XXII. Cap* 8. sage, die servitus sey *iuxta veterum leges* (κατὰ τὸ παρὰ τῶν παλαιῶν νομοθετηθὲν) poenae loco inflicta. Allein die im Proceß des Horatius wegen des von demselben an seiner Schwester verübten Mords auf den Vorschlag des Tullus Hostilius vom Volk ernannten Duumviri Perduellionis wurden durch kein bleibendes Gesetz eingeführt. Es war eine blos temporelle Maasregel, die also nur ein momentanes Interesse gehabt hat. S. Dirksen's Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts. Abh. VI. Kap. 7. S. 341. Das war freylich von den ältesten Zeiten her Rechtens, daß keine Capitalstrafe über einen civis Romanus *iniussu populi* verhängt werden konnte. *L.* 2. §. 16. *et* 23. *D. de Orig. iur.* S. *Christfr.* WAECHTLER Opusc. a *Trotz* edit. pag. 335.

46) CICERO *de invent. rhet. Lib. II. cap.* 50. AUCTOR *ad Herennium Lib. I. Cap.* 13. CICERO *Or. pro Domo.* Cap. 17. — quum tam moderata iudicia populi sint a maioribus constituta, — *ut ne poena capitis cum pecunia coniungatur.* Erst Julius Cäsar beschränkte dieses ältere Recht. SUETONIUS *in Caes.* Cap. 42. erzählt von ihm: Poenas facinorum auxit, et, cum locupletes eo facilius scelere se obligarent, *quod* INTEGRIS PATRIMONIIS *exulabant*, parricidas, ut CICERO scribit, bonis omnibus, et reliquos dimidia parte multavit. Noch unter August kannte man jedoch die Confiscation noch nicht als Folge des Straferkenntnisses. DIO CASSIUS *Lib. LVI.* pag. 587. Man vergleiche besonders *Herm.* CANNEGIETER Commentar. ad fragmenta vet. Jurisprudentiae, quae

sten Kaisern [47]. Erst späterhin, wahrscheinlich nach Tiberius, knüpfte man die Confiscation, unter dem Schein einer nothwendigen Folge, an das Straferkenntniß. Sollte nun also der Verbrecher sein Leben, Freyheit und Vermögen verlieren, sollte er, wie bey gewissen Strafen, z. B. bey der Verurtheilung zum Bergbau, der Fall war, zeitlebens in Ketten gehalten, und zu sclavischen Arbeiten verdammt seyn, so war es freylich ganz folgerecht, daß man den Verbrecher für einen servus erklärte. Diese Art der Sclaverey war jedoch von einer eigentlichen Servitus im gewöhnlichen Sinne ganz verschieden. Denn die servi poenae wurden, als servi sine domino betrachtet, sie gehörten nicht, wie servi publici, dem Staate, oder dem Kaiser an. Fiel daher dem servus poenae eine Erbschaft an, so erwarb er sie nicht dem Fiscus, sondern sie wurde nach einem Rescript des Divus Pius pro non scripta gehalten [48], und

extant in Collat. Legg. Mosaicar. et Rom. (*Franequerae* 1765. 4.) Cap. II. pag. 22. sq. und Marezoll über die bürgerliche Ehre. 1. B. 2. Abschn. §. 2. S. 27. f.

47) *Nic.* Kloeckhof Hist. iuris Rom. de bonis damnatorum. (*Lugd. Bat.* 1749. 8.) pag. 128. sqq. und Marezoll a. a. O. S. 28.

48) *L.* 23. § 3. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* (XXIX. 2.) Ulpian. *lib. VIII. ad Sabinum.* Si quis plane servus poenae fuerit effectus, ad gladium, vel ad bestias, vel in metallum damnatus, si fuerit heres institutus, *pro non scripto hic habebitur*, idque *Divus* Pius rescripsit. Hiermit ist noch zu verbinden *L.* 17. *D. de poenis*, aus Marciani *libro I. Institutionum:* Sunt quidam *servi poenae*, ut sunt in metallum dati et in opus metalli, et si quid eis testamento datum fuerit, *pro non scripto*

ward er begnadiget, so war dieß keine Manumission, wodurch er in den Zustand eines libertinus versetzt wurde, sondern er war, wie vor der Strafe, ein ingenuus, und verlor weder sui noch legitimi heredis ius [49]. Die Servitus poenae war in den Fällen, wo sie ohne Todesstrafe eintrat, ihrem Wesen nach blos eine öffentliche Straf- und Arbeitsanstalt, unter sehr strenger Aufsicht, und mit sclavischer Behandlung des Verbrechers, vielleicht unsern öffentlichen Zwangsarbeiten in der Karre, in Bergwerken u. d. nicht unähnlich. Denn die servi poenae wurden zu den härtesten, schimpflichsten, und lebensgefährlichsten Arbeiten gebraucht [50].

Die Regel, daß die zu einer poena capitalis Verurtheilten, als servi poenae, nicht testiren konnten, hatte jedoch auch Ausnahmen [51]. Eine Ausnahme fand schon im ältern Röm. Rechte bey Soldaten Statt, die wegen militärischen Verbrechens zu einer Capitalstrafe waren verurtheilt worden. Diese konnten testiren, wenn ihnen, wie auch nach einem Rescript des Divus Hadrianus zu geschehen pflegte, das Recht ein Testament zu machen, in dem Urtheil war vorbehalten worden. Der verurtheilte Soldat konnte aber alsdann nur über die bona castrensia testiren, welche sich jedoch nicht gerade auf das peculium castrense eines filiusfamilias

est, quasi non Caesaris servo datum, sed poenae. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. Bd. §. 197. S. 725.

49) Paulus *Sententiar. Receptar. Lib. IV. Tit.* 8. §. 24. Marezolls angef. Abhandl. S. 30.

50) Marezoll a. a. O. S. 28. f.

51) Marezoll S. 41. f.

beschränkten, sondern das Vermögen überhaupt umfassten, was der Soldat, als solcher sich erworben hat[52]. Eben deswegen kann sich der Soldat bey Errichtung des Testaments auch seines militärischen Rechts bedienen. Hatte er schon vorher ein Testament errichtet, so brauchte er kein neues Testament zu machen, sondern das schon vorher gemachte, aber wegen der Strafe irritum gewordene Testament galt, wenn er wollte, daß es gelten solle, und dieß wird angenommen, wenn er kein neues Testament gemacht hat. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 6. § 6. *D. de iniusto, rupto, irr. testam.* Ulpianus *libro X. ad Sabinum.* Sed et si quis fuerit capite damnatus, — testamentum eius irritum fiet, — nam poenae servus efficitur: *nisi forte miles fuit ex militari delicto*[53] *damnatus:* nam huic permitti solet testari, ut divus Hadrianus rescripsit[54], et credo, *iure militari* testabitur. Qua ratione igitur damnato ei testari permittitur? numquid, et si quod ante habuit factum testamentum, si ei permissum sit testari, valeat? an vero poena irritum factum reficiendum[55] est? Et, si militari

52) S. Marezoll über die bürg. Ehre S. 58.

53) *L.* 2. *et* 6. *D. de re militari.* (XLIX. 16.) S. *Jo.* Voet de re militari lib. sing. Cap. IV. pag. 117. sqq. (edit. *Fischer.* Frfti et Lips. 1758. 8.)

54) *L.* 1. *D. de veteranor. et milit. successione.* (XXXVIII. 12.)

55) So liest die florentinische Ausgabe, mit welcher auch Baudoza und Merlinus übereinstimmen. Haloander, Miräus und Beck lesen hingegen *reiiciendum.* Allein jene Lesart ist wohl unstreitig die richtigere, wie auch *Guil.* Best Rat emendandi Leges. Cap. XI. §. 3. pag. 184.

jure ei testandum sit, dubitari non oportet, *quin, si voluerit id valere, fecisse id credatur*[56]).

(edit. Neuhaus. *Lips.* 1745. 8.) gezeigt hat. Der Ausdruck *reficere testamentum* kommt auch *L.* 9. *pr. D. de testam. militis* (XXIX. 1.) vor, und heißt soviel als novum facere testamentum, iterum testari. S. Ducker Opusc. de Latinit. vet. ICtor. pag. 352.

56) Westphal von Testamenten §. 886. erfordert eine besondere Willensäusserung des Soldaten, wenn das vorher gemachte Testament wieder gelten solle. Allein eine solche Willenserklärung wird nur erfordert, wenn der Testator eine capitis deminutio ex causa voluntaria, z. B. durch Arrogation erlitten hatte, wodurch das Testament irritum geworden war. Ist er nachher wieder emancipirt worden, so ist freylich, um dem Testament seine Gültigkeit wieder zu geben, nöthig, daß der Testator erkläre, er wolle, daß sein Testament gelten solle. Der Grund ist, weil durch seine Einwilligung in die Arrogation auch das vorher gemachte Testament mit seinem Willen aufgehoben worden ist. Starb also der Testator ohne jene Erklärung, so konnte dem Testamentserben, wenn er aus dem Testamente die Bonorum possessio zu erhalten suchte, (denn ein solches Testament galt nur nach dem prätorischen Rechte) die exceptio doli, d. h. die exceptio mutatae voluntatis von den Intestaterben entgegengesetzt werden. *L.* 11. §. 2. *D. de bonor. possess. secundum tabulas.* (XXXVII. 11.) Ganz anders verhält sich die Sache, wenn der Testator durch Verurtheilung zu einer Capitalstrafe eine capitis deminutio maxima oder media erlitten hat, und dadurch sein Testament irritum geworden war. Hier ist, nach Aufhebung derselben, keine neue Willenserklärung des Testirers nöthig, um dem Testament seine Gültigkeit wieder zu verschaffen, sondern es gilt ipso iure. *L.* 6. §. 12. *D. de iniusto, rupto, irrit. testam.* Denn hier kann dem Testamentserben die exceptio mutatae voluntatis nicht ent-

L. 32. §. 8. *D. de donation. int. vir. et ux.* Ulpianus *libro XXXIII. ad Sabinum.* Si miles uxori donaverit *de castrensibus bonis*, et fuerit damnatus, *quia permissum est ei de his testari*, si modo impetravit, ut testetur, cum damnaretur, donatio valebit.

L. 11. *pr. D. de testam. milit.* Ulpianus *libro XLV. ad Edictum.* Ex militari delicto capite damnatis testamentum facere licet *super bonis duntaxat castrensibus*: sed utrum iure militari, an iure communi, quaeritur? Magis autem est, ut iure militari eis testandum sit: nam cum ei quasi militi tribuatur ius testandi, consequens erit dicere, iure militari ei testandum: quod ita intelligi oportet, si non sacramenti fides rupta sit [57].

gegengesetzt werden. S. *Jos.* Finestres Hermogenian. Tom. II. Lib. III. ad L. 2. D. de bonor. poss. contra tabb. pag. 692. und *Jos. Fern. de* Retes Opusculor. Lib. VI. Cap. 8. nr. 18. et 19. (Tom. VI. *Thes. Meerman.* pag. 294.) Dieß ist nun hier bey einem Soldaten der Fall, welcher, jedoch mit Vorbehalt der Testamentifaction, zu einer Capitalstrafe verurtheilt worden ist, und schon vorher testirt hatte. Durch diesen Vorbehalt wird das schon vorher gemachte Testament ipso iure wieder gültig, als wäre es nun erst nach seiner Verurtheilung gemacht worden. Eine besondere Erklärung, daß es gelten solle, wird also hier, um die Intestaterben auszuschließen, nicht erfordert.

57) Das heißt, der Soldat muß nicht als Verräther, oder als Ueberläufer zum Tode verurtheilt seyn. Denn ein solcher wurde nicht mehr als Soldat anerkannt, sondern für einen Feind erklärt, *L.* 7. *D. de re militari.* (XLIX. 18.) wie

L. 22. §. 1. *D. de legat.* XXXII. HERMOGENIANUS *libro IV. iuris Epitomarum.* Miles, in eum ex militari delicto capitali dicta sententia, permittente eo in ipsa sententia, qui damnavit, sicut testamenti faciendi, ita fideicommissi relinquendi potestatem consequitur.

Das militärische Privilegium vom Hadrian ging aber nicht blos auf die Errichtung der Testamente, sondern auch auf Codicille, wodurch ein Soldat, der wegen eines militärischen Verbrechens zur Capitalstrafe war verurtheilt worden, die Intestaterben mit einem Fideicommiß beschweren konnte. Dieß scheint hier Hermogenian mit den Worten sagen zu wollen: sicut testamenti faciendi, ita *fideicommissi relinquendi* pote-

diese Stelle *Ant.* MURETUS in Notis ad Tit. Dig. de militari testam. (*Oper.* a *Dav.* RUHNKENIO editor. Tom. IV. *Lugd. Batav.* 1789. 8. pag. 394.) erklärt hat. Da jedoch ein Soldat mit den darauf gesetzten schimpflichen Todesstrafen nicht belegt werden konnte, *L.* 3. §. 10. *D. eodem.* *L.* 8. §. 2. *L.* 38. §. 1. *D. de poenis.* (XLVIII. 19.) so mußte der zu Verurtheilende zuvor exauctorirt, d. h. schimpflich verabschiedet werden. *L.* 8. *C. de Quaestion.* (IX. 41.) S. *Pet.* FABRI Semestrium Lib. I. cap. 18. pag. 110. sq. Man vergl. auch cap. 17. pag. 103. sqq. und den 31. Th. dieses Commentars. §. 1355. m. S. 413. ff. Daher erklärt *Hug.* DONELLUS in Comm. ad Cod. L. 13. de testam. milit. nr. 4. pag. 342. (*Francof.* 1599. f.) den auch *Jo. Jac.* WISSENBACH Commentation. in Cod. ad L. 13. cit. pag. 535. gefolgt ist, die Worte Ulpians: *si non sacramenti fides rupta sit*, so: nisi sacramenti fide solutus sit miles ignominiae causa, quod ita fit, si sit exauctoratus. *L.* 2. §. 2. *D. de his, qui notant. infam.*

statem consequitur. So wie die Worte gefaßt sind, mag dieses vielleicht anfangs zweifelhaft gewesen seyn, und scheint erst durch die Interpretation der römischen Rechtsgelehrten diese Ausdehnung erhalten zu haben, wie Joseph Finestres [58]) bemerkt hat. Ueberhaupt beruhte dieser Vorzug der Soldaten wohl weniger auf einer allgemeinen Vorschrift, als auf einem Herkommen, welches der Kaiser Hadrian hier blos bestätigte [59]). Daher durfte auch dieser Vorbehalt in dem richterlichen Straferkenntniß nicht übersehen werden [60]).

Doch war dieß alles nur auf die castrensia bona des Soldaten beschränkt. In Ansehung des nicht militärischen Vermögens (bona pagana) blieb es bey der Regel des gemeinen Rechts, nach welcher der fiscus in die bona damnatorum succedirte [61]), so wie auch in dem Falle, wenn der Soldat wegen eines gemeinen Verbrechens zum Tode war verurtheilt worden [62]). Starb der Soldat ohne Testament, so fielen die bona ca-

58) Commentar. in *Hermogeniani* iuris Epitomar. Libr. IV. ad §. 1. L. 22. D. de legat. 3. §. 4. pag. 773. sq.

59) S. Marezoll in der angef. Schrift. S. 42.

60) Donellus Comment. ad L. 13. Cod. de testam. milit. nr. 3. pag. 342.

61) *L. 1. pr. D. de bonis damnator.* (XLVIII. 20.) *L. 8. §. 4. D. h. t. L. 2. C. de bonis proscriptor.* (IX. 49.) Donellus c. l. nr. 4. *Jos.* Finestres *et de* Monsalvo Hermogenian. c. l. §. 9. pag. 776.

62) *L. 1. in fin. D. de veteran. et milit. success.* Donellus c. l. nr. 6. et 7. pag. 343. und Cujacius Comment. in libr. XVI. Respons. Papin. ad L. 2. D. de veter. et milit. succ. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 697.)

strensia an die nächsten Intestaterben. Der Prätor gab ihnen die Bonorum possessio bis zum fünften Grade, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 1. *D. de veteran. et milit. success.* Macer *libro II. de re militari.* Militi, qui capite puniri meruit, testamentum facere concedendum, Paulus et Menander scribunt, eiusque bona intestati, si punitus sit, ad cognatos eius pertinere, si tamen ex militari delicto, non ex communi punitus sit.

Daß hier blos von bonis castrensibus, wenn es gleich nicht ausdrücklich gesagt worden, die Rede sey, erscheint daraus, weil das Gesetz von einem Soldaten spricht, der zu einer Capitalstrafe ist verurtheilt worden. Da nun einem solchen Soldaten nur über die bona castrensia zu testiren erlaubt ist, so können auch die bona intestati, welche an die nächsten Verwandten desselben kommen sollen, keine andern seyn, als eben dieselben [63].

L. 2. *D. eodem.* Papinianus *libro XVI. Responsorum.* Bona militis intestato defuncti castrensia fisco non vindicantur, cum heres legitimus ad finem quinti gradus exstitit, aut proximus cognatus eiusdem gradus intra tempus possessionem acceperit.

Nach diesen Gesetzen ist es also keinem Zweifel unterworfen, daß der, wegen eines Militärvergehens, zu einer Capitalstrafe verurtheilte Soldat seine bona ca-

63) S. Donellus c. l. §. *Sed huic parti* etc. Finestres Hermogen. c. l. pag. 776. sq. und Marezoll a. a. O. S. 42.

strensia auf die gewöhnliche Art vererbe, indem, wenn kein Testament da ist, die nächsten Intestaterben den Fiscus ausschließen. Allein diesen Gesetzen scheint eine Verordnung der Kaiser Valerianus und Gallienus entgegen zu seyn. Es ist die *L.* 13. *Cod. de testamento milit.* (VI. 21.) welche folgendermassen lautet:

Et militibus nostris, centurionibus quoque ob flagitium militare damnatis, non aliarum quam *castrensium rerum* testamentum facere permittitur, et intestatis *iure proprio* succeditur a fisco. Prop. Non. August. Valeriano III. et Gallieno II. AA. Conss. a. Ch. 255.

Nach dieser Constitution scheint also der Fiscus ohne Unterschied in das Vermögen eines ohne Testament nach der Verurtheilung verstorbenen Soldaten zu succediren. Allein die Worte iure proprio lösen das Räthsel. Nach dem gemeinen Rechte würde allerdings der Fiscus in die bona militis capite damnati succediren. Dieses strenge Recht ist aber aus besonderer Begünstigung des Soldatenstandes in Ansehung der bonorum castrensium gemildert worden. Dem Fiscus bleibt also nur noch das Recht in die bona pagana militis capite damnati zu succediren, in Ansehung welcher der miles damnatus allemal intestatus versterben muß. Es ist demnach blos von den bonis militis capite damnati paganis zu verstehen, wenn das Gesetz sagt: *intestatis iure proprio succeditur a fisco*, und es ist nun allerdings ein eigenes und besonderes Recht des Fiscus, daß nur die bona pagana militis damnati an ihn fallen, während der Soldat in Ansehung seiner bonorum castrensium einen Testaments- oder gesetzlichen Erben hat. So

haben dieses Gesetz auch Donellus[64]), Finestres[65]), und Wissenbach[66]) erklärt.

Die servitus poenae und die damit verbundene Confiscation trat jedoch nicht gleich im Augenblick der Begehung des Verbrechens, sondern erst im Augenblick der rechtskräftigen Verurtheilung des Verbrechers ein[67]). Denn erst durch diese Verurtheilung ging die libertas verloren, wodurch der Verurtheilte eine capitis deminutio maxima erlitte. Starb daher ein Capitalverbrecher vor der rechtskräftigen Verurtheilung, so erlitte er keine capitis deminutio, und eben darum trat auch hier keine Confiscation ein. Hatte er also testirt, so blieb sein Testament bey Kräften, und starb er ohne Testament, so trat die Intestaterbfolge ein[68]). Des Verbrechers Tod hob die pein-

64) Comm. ad h. L. 13. Cod. nr. 5. pag. 345.

65) Comm. in Hermogenian. pag. 776.

66) Commentat. in Cod. ad L. 13. C. cit. pag. 535.

67) *L.* 10. § 1. *L.* 12. *L.* 29. *D. de poenis. L.* 1. *et L.* 2. *D. de bonis damnator.* (XLVIII. 20.) Theophilus *Paraphr. Inst. graec. ad Tit. quib. mod. ius potest. solvit.* I. 12. §. 3. S. *Jo. Fr.* Gronovii Observation. Lib. I. Cap. 8. pag. 59. (edit. *Frid.* Platneri *Lipsiae* 1755.) und Marezoll über die bürg. Ehre. S. 40. und S. 44.

68) *L.* 9. *D. h. t.* Ulpianus *libro XLV. ad Edictum.* Si quis post accusationem in custodia fuerit defunctus indemnatus, testamentum eius valebit. — *L.* 45. §. 1. *D. de iure fisci* (XLIX. 14.) Paulus *libro V. Sententiar.* Bona eorum, qui in custodia, vel in vinculis, vel in compedibus decesserunt, heredibus eorum non auferuntur, sive testato, sive intestato decesse-

liche Anklage auf, und er verstarb noch integri status, er mußte nur nicht der Perduellion wegen angeklagt seyn, denn hier konnte die Confiskation seines Vermögens noch Statt finden, wenn auch der Angeklagte vor der Verurtheilung gestorben war, wofern seine Erben nicht die Schuldlosigkeit ihres Erblassers darzuthun vermochten, wie Ulpian *libro VIII. Disputationum* [69]) lehrt, wo es heißt:

Is, qui *in reatu* decedit, *integri status decedit:* exstinguitur enim crimen mortalitate, nisi forte quis maiestatis reus fuit: nam hoc crimine nisi a successoribus purgetur, hereditas fisco vindicatur. Plane non quisquis legis Juliae maiestatis reus est, in eadem conditione est, sed qui *perduellionis reus* est, hostili animo adversus rempublicam vel principem animatus: ceterum si quis ex alia causa legis Juliae maiestatis reus sit, morte crimine liberatur.

Der Grund dieser Ausnahme ist, weil bey diesem Verbrechen die Confiscation nicht als stillschweigende Folge der Capitalstrafe anzusehen ist, sondern auf ausdrücklicher Androhung des Strafgesetzes beruht [70]). Es mußte also immer die Verurtheilung des Verbrechers noch bey dessen Lebzeiten erfolgt seyn, wenn die servitus poenae mit ihren Folgen eintreten sollte. Das Straferkenntniß mußte aber auch rechtskräftig geworden

runt. S. *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitat. ad Pand. Disp. LIV. §. 17. pag. 564. und besonders Marezoll S. 45 – 48.

69) *L.* 11. *D. ad Leg. Jul. Majestat.* (XLVIII. 4.)

70) Marezoll S. 50.

seyn. Hatte daher der Verurtheilte gegen das Straferkenntniß appellirt, so konnte derselbe in der Zwischenzeit bis zur Erledigung der ergriffenen Appellation noch testiren, und sein Testament blieb bey Kräften, wenn er starb, ehe durch die oberrichterliche Sentenz die frühere Verurtheilung war bestätiget worden, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 13. §. 2. *D. Qui testam. fac. poss.* Marcianus *libro IV. Institutionum.* Si quis in capitali crimine damnatus appellaverit, et medio tempore, pendente appellatione, fecerit testamentum, et ita decesserit, valet eius testamentum.

L. 6. §. 8. *D. de iniusto, rupto, irrito facto testam.* (XXVIII. 3.) Ulpianus *libro X. ad Sabinum.* Hi autem omnes, quorum testamenta irrita damnatione fieri diximus, si provocaverint, capite non minuuntur, atque ideo neque testamenta, quae antea fecerunt, irrita fient, et tunc testari poterunt, (hoc enim saepissime est constitutum) nec videbuntur, quasi de statu suo dubitantes, non habere testamenti factionem: sunt enim certi status, nec ipsi de se interim incerti [71]).

71) Die florentinische Ausgabe liest: nec ipsi de se interim *certi*. Allein diese Lesart ist offenbar unrichtig. *Incerti* lesen fast alle, z. B. Haloander, Baudoza Cestius, Hugo a Porta, Merlinus, Miräus, und Beck. Vielleicht ist nach der Bemerkung von Smallenburg ad *Ant.* Schultingii Notas ad Dig. seu Pand. h. l. Tom. V. pag. 53. sq. das *in* wegen des vorhergehenden Buchstabens m in dem Worte interim ausgelassen worden, welches auch in den Röm. Classikern häufig der Fall ist, wie Drakenborch ad *Livium* lib. V. cap. 27. und Ouden-

Ulpian begegnet hier zugleich einem Zweifel, welcher gar leicht gegen die Gültigkeit des während der Appellation errichteten Testaments erregt werden konnte, nämlich der Testator habe das Testament in der Ungewißheit über seinen Zustand gemacht. Dieser Zweifel wird aber durch den Umstand gehoben, daß die zu einer poena capitalis Verurtheilten, dum pendet provocatio, noch keine servi poenae sind. Denn ein nicht rechtskräftiges Straferkenntniß gilt noch nicht juristisch als condemnatio [72]. Der Zustand des Testators während der Appellationszeit war also an sich nicht ungewiß, wenn es auch zweifelhaft war, wie sein künftiger Zustand seyn werde. Darauf kommt es aber nicht an, genug daß er in Ansehung des Zustandes, in welchem er testirte, nicht im Zweifel war. Denn da er zu der Zeit noch kein servus poenae war, so war auch noch keine Confiscation seines Vermögens eingetreten [73].

Die Regel, daß die als stillschweigende Folge der Verurtheilung zu einer Capitalstrafe eintretende Confiscation nicht zur Anwendung kommen kann, wenn der Peinlichangeklagte vor rechtskräftiger Zuerkennung der Strafe stirbt, leidet jedoch in dem Falle eine Ausnahme, wenn der peinlich Angeklagte vor jenem Zeitpuncte sich selbst

DORP ad *Suetonium* in *Tiberio* Cap. 65. aus mehreren Beyspielen erwiesen haben.

72) *L.* 2. §. 2. *D. de poenis.* ULP. *lib. XLVIII. ad Edictum.* Eum accipiemus *damnatum*, qui non provocavit: ceterum si provocet, nondum *damnatus* videtur.

73) S. *Jac.* CUJACII Comment. ad h. tit. Pand. L. 14. *Qui in testamento.* und *Jo. Guil.* HOFFMANN Meletem. seu Observation. var. ad Pand. Diss. XXIV. §. 6.

entleibt. Es muß nur die Selbstentleibung nicht aus Melancholie, oder aus Ungeduld gegen körperliche Leiden, oder sonst, sondern aus Furcht vor der ihn erwartenden Capitalstrafe geschehen seyn. Hier gilt der Selbstmörder als confessus und condemnatus, und sein Vermögen verfällt an den Fiscus. Hat er also darüber testirt, so ist das Testament ungültig. So belehrt uns Marcianus *libro singulari de Delatoribus* [74]):

Qui rei postulati, vel qui in scelere deprehensi [75]), metu criminis imminentis [76]) mortem sibi consciverunt [77]), heredem non habent [78]). PAPINIA-

74) *L.* 3. *pr. D. de bonis eorum, qui ante sentent. mortem sibi consciv.* (XLVIII. 21.) *Christph. Lud.* CRELL Observationes ad L. 3. cit. *Vitembergae* 1731. 4.

75) Es wird also hier ausdrücklich vorausgesetzt, daß der Verbrecher entweder schon angeklagt, oder wenigstens auf der That selbst ertappt worden sey, und daher die peinliche Anklage befürchte. S. Marezoll S. 49.

76) Das ist, metu accusationis instantis, wie es auch *L.* 1. §. 23. *D. de SCto Silan.* (XXIX. 5.) und *L.* 28. §. 1. *D. de bonis libert.* (XXXVIII. 2.) heißt. Das Wort *Crimen* für criminatio oder accusatio ist eine sehr gewöhnliche Bedeutung. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Crimen.*

77) Diese Lesart, welche auch Haloander, Baudoza, Merlinus, Claud. Chevallon, Miräus, Dion. Gothofredus und Beck haben, ist wohl der florentinischen *constituerunt* vorzuziehen.

78) Es muß nur gewiß seyn, um welches Verbrechens willen sich der Verbrecher entleibt hat. Dieß setzt PAULUS *L.* 45. §. 2. *D. de iure fisci* (XLIX. 14.) ausdrücklich voraus, wenn er daselbst sagt: Eius bona, qui sibi mortem conscivit, non ante ad fiscum coguntur, quam prius con-

NUS tamen [79]) *libro sexto decimo Responsorum* ita scripsit: *Qui rei criminis non postulati manus sibi intulerint, bona eorum fisco non vindicentur: non enim facti sceleritatem* [80]) *esse obnoxiam, sed*

stiterit, *cuius criminis gratia manus sibi intulerit.* Auch muß das Verbrechen ein Capitalverbrechen seyn, welches die Confiscation des Vermögens zur Folge hat. *L.* 3. §. 1. 2. *et* 3. *D. de bonis eor. qui ante sent. mort. sibi consciv.*

79) Für *tamen* lesen Haloander und Miräus besser etiam. In vielen Ausgaben, z. B. in der des *Claud.* CHEVALLONIUS, fehlt das tamen ganz, und daß diese Lesart: PAPINIANUS *libro sexto* etc. die richtigste sey, bemerkt *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iur. Rom. Lib. IV. Cap. 4. pag. 233. edit. *Heinecc.*

80) Die Lesart ist hier bestritten. Einige, wie z. B. *Elb.* LEONINUS Emendat. Lib. IV. Cap. 5. und *Hugo* GROTIUS in Florum spars. ad ius Justinian. ad h. L. pag. 280. sq. wollen *fati celeritatem* lesen, weil der Selbstmörder seinen Tod freywillig beschleunige. Diese Lesart findet sich auch in mehreren alten Ausgaben, nämlich bey Robert Stephanus, bey den Gebrüdern Senneton, bey Wilh. Merlinus und Petrus ab Area Baudoza Cestius. Allein dagegen hat schon *Jac.* GUTHERIUS de iure Manium. Lib. I. cap. 10. pag. 58. (*Paris* 1615. 4.) erinnert, daß von einem so unnatürlichen Tode der Ausdruck *fati celeritas* nie gebraucht werde, sondern blos von einem natürlichen plötzlich erfolgten Tode, welcher mit Recht betrauert wird. Man sehe BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Fatum*, und *Jac.* GOTHOFREDI Glossar. Nomic. Cod. Theodos. voc. *Fatalis* pag. 198. adj. Tom. VI. P. II. Cod. Theod. edit. *Ritter.* Andere Ausgaben, wie die des Haloanders, Miräus und Chevallonius lesen *facti celeritatem.* Allein die Richtigkeit der florentinischen Lesart *facti sceleritatem* haben *Car. Annib.* FABROTUS Ex-

conscientiae metum in reo velut confesso teneri placuit. Ergo aut postulati esse debent, aut in sce-

ercit. V. de morte voluntaria, (in *Ev.* OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. III. pag. 1190.) *Ev.* OTTO in Papiniano. Cap. IX. §. 7. pag. 228. (*Bremae* 1743. 8.) und besonders *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iuris Rom. c. I. pag. 234. ausser allen Zweifel gesetzt. Daß das Wort *sceleritas* selten sey, und, ausser bey unserm Marcian, sonst nirgends vorkomme, hat schon GESNER in novo Linguae Lat. Thes. Tom. IV. h. v. pag. 322. bemerkt; allein die Seltenheit des Worts ist noch kein Grund, die Lesart als unrichtig zu verwerfen, da es viele eben so ungewöhnliche Worte giebt, welche in tas sich endigen, und doch von den besten Classikern gebraucht worden sind. Z. B. *Appietas* und *Lentulitas.* CICERO *ad Famil.* Lib. III. Ep. 7. *Faustitas.* HORAT. *Carm.* IV. 5. v. 18. *Infortunitas.* GELLIUS VI. 1. *Maximitas* LUCRET. II. v. 497. *Differitas.* LUCRET. IV. v. 640. *Pestilitas.* LUCRET. VI. v. 1130. Noch mehrere eben so seltsame Wörter führen *Ge. Casp.* KIRCHMAIER in Opuscul. de Latinitate Digestor. a *Ge. Sam.* MADIHN *Halae* 1772. 8. edit. pag. 140. und *Car. Andr.* DUKER Opusc. de Latinitate ICtor. vet. pag. 325. sq. an. So braucht auch ULPIAN. *L.* 5. *D. Quod met. caus.* nach der florentinischen Lesart das Wort *malitas.* Nun entsteht aber noch eine Schwierigkeit, worauf sich die *facti sceleritas* beziehe. *Jac.* CUJACIUS Comm. ad L. 6. §. 7. D. de iniusto, rupto, irr. testam. glaubt, es werde damit die That des Selbstmords bezeichnet. Allein *van* BYNKERSHOEK c. I. hat diese Meinung ausführlich widerlegt. Er selbst versteht die facti sceleritas vielmehr von dem Verbrechen, für dessen Strafe sich der Verbrecher gefürchtet, und sich deswegen entleibt hat. Der Sinn dieser Worte sey also der, es werde hier nicht sowohl das begangene Verbrechen an sich, als welches durch den Tod des Verbrechers aufgehoben ist, bestraft, sondern, weil er aus Furcht vor der Strafe,

lere deprehensi, ut, si se interfecerint, bona eorum confiscentur.

Selbstmord eines Verbrechers, welcher noch nicht peinlich angeklagt, auch nicht auf der That selbst ertappt war, hat also keine Confiscation zur Folge, und macht daher auch das von demselben errichtete Testament nicht ungültig, weil durch den Tod das Verbrechen aufgehoben wird [81]. Jedoch können auch in jenem Falle die

welche bey demjenigen vermuthet wird, der wegen eines Capitalverbrechens angeklagt, oder auf der That selbst ertappt war, sich selbst entleibt hat, wird der Selbstmörder als confessus und condemnatus angesehen, und darum sind seine bona dem Fiscus verfallen. Diese Erklärung wird besonders durch den Nachsatz bestätigt: Ergo aut postulati esse debent etc. Ihm sind auch *Ev.* OTTO in Papiniano c. l. und *Jo.* CANNEGIETER ad Domit. Ulpiani fragmenta Tit. VII. pag. 42. beygetreten. Dennoch haben dem Cujaz lieber beystimmen wollen *Car. God.* WINKLER Comm. de mortis voluntariae prohibitione ac poenis. *Lipsiae* 1775. und *Car. Frid.* WALCH ad ECKHARDI Hermeneuticam iuris Lib. I. §. 138.

81) *L.* 6. §. 7. *D. de iniusto, rupto, irr. testam.* *L.* 1. §. 23. *D. de SCto Silan.* (XXIX. 5.) *L.* 2. *C. Qui testam. fac. poss.* (VI. 22.) *L.* 1. *et* 2. *C. de bonis eor. qui mort. sibi consciv.* (IX. 50.) *L.* 3. *D. de public. iudic.* XLVIII. 1.) *L.* 5. *et* 6. *Cod. Si reus vel accusat. mort. fuerit.* (IX. 6.) Der Selbstmord an sich ward nach den Lehrsätzen der Stoa nicht für strafbar gehalten. Das Testament eines Selbstmörders blieb daher gültig. *L.* 6. §. 7. *D. de iniusto, rupt. irr. test.* wo Ulpian sagt: Quodsi quis taedio vitae, vel valetudinis adversae impatientia, vel iactatione, ut quidam philosophi, mortem sibi consciverint, in ea causa sunt, ut testamenta eorum valeant. Daß ein solcher Selbstmörder

Erben des Selbstmörders nach einem Rescript des Divus Pius den Nachtheil der Confiscation dadurch von sich abwenden, wenn sie bereit sind, ihren Erblasser zu vertheidigen, und seine Unschuld zu beweisen [82]).

Man hat es bisher fast allgemein als eine gar keinem Zweifel unterliegende Wahrheit angenommen, daß K. Justinian in der Nov. *XXII.* Kap. 8. die servitus poenae mit allen ihren Wirkungen aufgehoben habe [83]). Diese Meinung hat nun aber Herr Prof.

auch ab intestato beerbt werden könne, rescribirte *Divus* Antoninus *L.* 3. §. 4. *D. de bon. eor. qui ante sent.* Man vergl. Bynkershoek c. l. und Walch ad *Eckhardum* l. c. auch Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. Bd. 1. Abth. §. 62. Die Peinl. Gerichts-Ordnung Carls V. Art. 135. hat das Röm. Recht hierin bestätiget. S. *Jo. Sam. Fr. de* Boehmer Meditation. in Const. Crim. Carol. ad h. Art. pag. 632 — 638. und von Feuerbach Lehrb. des peinl. Rechts. §. 241. der 10. Ausg.

82) *L.* 3. §. *ult. D. de bon. eor. qui ante sentent.* Sed *Divus* Pius Modesto Taurino rescripsit: si parati sint heredes defensionem suscipere, non esse bona publicanda, nisi de crimine fuerit probatum.

83) *Helfr. Ulr.* Hunnius Variar. Resolution. iuris civ. Lib. I. Tract. IV. Qu. 10. pag. 201. *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. Lib. XXVIII. Tit. 3. §. 6. *Jan. a* Costa Comm. ad §. 3. J. Quib. mod. ius potest. solvitur *Car. Frid.* Walch Diss. de donatione capite damnati. §. XV. *Jo. Gottl.* Heineccius Antiquitat. Roman. Lib. I. Tit. 16 §. V. pag. 181. (edit. *Haubold.*) Gall. Aloys Kleinschrod syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des Peinl. Rechts. 3. Th. §. 63. Carl von Grolman Grds. der Criminalrechtswissenschaft. §. 160. a. E. Joh. Christ. Hasse Güterrecht der Ehe-

Marezoll [84]) aus nicht unbedeutenden Gründen bestritten. Die Novelle selbst lautet nach der Hombergkischen Uebersetzung folgendermassen:

Quod autem severitate legum prius introductum fuit, nos benigna indulgentia abrogamus. Si enim sententia iudicis vir aut foemina quaedam ad metallum damnata sit, (quale nunc est in Proconneso, et, ut vocatur, Gypso) servitus quidem iuxta veterum leges poenae loco infligebatur, et matrimonium solvebatur, cum poena condemnatum haberet servientem: *nos vero hoc remittimus, neque eum, qui ab initio ingenuus fuit, servum poenae fieri permittimus. Non enim liberam conditionem in servilem statum mutamus, qui ut eorum, qui antea servi fuerunt, manumissores essemus, operam dedimus.* Maneat igitur illo casu matrimonium, eique sententia eiusmodi non noceat, tanquam *inter personas liberas* consistens.

Es ist also hier freylich blos von einer solchen servitus poenae die Rede, welche ohne Todesstrafe eintrat, wie besonders bey der hier genannten damnatio ad metallum. So wie es nun aller Sclaverey gemein war, daß sie die Ehe aufhob [85]), eben so hatte auch die servitus poenae diese Folge. Dieß änderte nun

gatten nach Röm. R. 1. Bd. §. 55. S. 199. Not. 279. Zimmern Grundriß des Erbrechts, im Anhange Nr. 1. S. 50. Für diese Meinung habe ich mich auch schon längst erklärt. S. den 2. Th. dieses Commentars §. 119. S. 145.

84) In der mehrmals angef. trefflichen Abh. über die bürgerl. Ehre. S. 32.

85) *L. 1. D. de divort.* (XXIV. 2.)

Justinian hier zu Gunsten der Ehe ab. Um also die Erhaltung rechtlich geschlossener Ehen zu befördern, und ihre Trennung möglichst zu verhindern, verordnet er, daß ein zum Bergbau verurtheilter Ehegatte, er sey der Mann oder die Frau, nicht mehr in der Art in servilem statum verfallen solle, daß dadurch die bisher unter ihnen bestandene Ehe ipso iure aufgelöst werde. Damit ist nun aber allerdings die mit der poena metalli verknüpfte Folge der Confiscation eben sowenig, als die Strafe selbst, aufgehoben worden. Denn gerade dieses hatte ja auch schon Kaiser Constantin der Große in Rücksicht des Einflusses der Deportation auf die Ehe verordnet [86]), und dennoch sollte die damit verbundene capitis deminutio mit ihren Folgen, namentlich der Confiscation, bleiben. Und eben diese Constitution hat Justinian in derselben Novelle *XXII.* Kap. 13 [87]) bestätiget.

Allein man kann dieß alles zugeben, und doch mit Grund behaupten, daß Justinian die servitus poenae für immer aufgehoben habe, nämlich, welches nicht übersehen werden darf, bey Freygebornen, die nie in einer rechtmäßigen Sclaverey sich befunden haben. Denn gerade darin äusserte sich die Härte der ältern

86) *L. 24. C. de donation. inter vir. et uxor.* (V. 16.)

87) Deportatio tamen, nach Hombergks Uebersetzung, quae veteri aquae et ignis prohibitioni successit, (quam *aqua et igni interdictionem* vocant nostrae leges) non solvit matrimonia. Hoc enim iam antea sacratissimo Constantino humanum visum, et a nobis quoque probatum, huic vero legi non annexum est: adeo ut nec de effectibus eius dicendum sit, cum res in suo statu maneat.

Gesetze, daß ein Ehegatte, der zur Strafe des Bergbaues war verurtheilt worden, nun als ein servus poenae behandelt, und seine bisher bestandene Ehe ipso iure aufgelöst wurde. Daß Justinian diese Härte hat aufheben wollen, hat er deutlich genug gesagt: *nos benigna indulgentia abrogamus.* Er will durchaus nicht mehr gestatten, daß ein *ingenuus* in Zukunft servus poenae werden solle. Zwar spricht Justinian hier nur von einem damnato in metallum, aber die Verordnung selbst ist ganz allgemein gefaßt: *καὶ οὐδένα τῶν ἐξ ἀρχῆς εὐ γεγονότων ἐκ τιμωρίας γίνεσθαι συγχωροῦμεν οἰκέτην.* i. e. *neque eum, qui ab initio ingenuus fuit, servum poenae fieri permittimus.* Sie geht also auch gewiß auf einen zum Tode verurtheilten ingenuus, wenn gleich hier Todesstrafen mit keinem Worte erwähnt werden. Denn von einer Todesstrafe konnte hier darum gar keine Rede seyn, weil der Tod schon von selbst die Ehe aufhebt. Also nicht blos um der Ehe willen soll die servitus poenae aufgehoben seyn; nein, die Ehe, von deren Aufhebung das Gesetz handelt, gab nur blos die Veranlassung, die servitus poenae, wodurch nach der Strenge des ältern Rechts die Ehe aufgehoben wurde, überhaupt bey Freygebornen [88]) abzuschaffen. Denn darin äusserte sich vorzüg-

88) Man hat hier einen Hauptbeweis für die Aufhebung der servitus poenae bey Freygebornen übersehen, welcher in dem folgenden Kap. 9. der Novelle 22. liegt. Daselbst handelt Justinian von dem Falle, da eine freygelassene Person oder auch deren Kinder durch richterliches Erkenntniß zur Strafe wieder in die Sclaverey zurückgebracht worden sind. Hier soll die servitus poenae mit allen ihren Folgen, selbst in Beziehung auf die Ehe, eintreten. Ma-

lich die Härte der ältern Gesetze, welche der Kaiser Justinian hier aufhob. Sollte ausser dem Fall, da der Capitalverbrecher in einer rechtmäßigen Ehe lebt, oder bey einem zum Tode verurtheilten Verbrecher die servitus poenae noch Statt finden, so hätte es ja Justinian in der Novelle 134. Kap. 13. sagen müssen, wo er von solchen Verbrechern handelt, welche zum Tode oder wenigstens zu einer solchen Strafe verurtheilt worden sind, mit welcher die Confiscation des Vermögens verknüpft ist. Allein seit der Novelle 22. ist davon gar keine Rede mehr. Es war ja auch nicht die servitus poenae allein, mit welcher die Confiscation verbunden war, sie war auch schon ohne Servitus an den

trimonium quidem ab initio constitit, heißt es nach Hombergks Uebersetzung, servitus autem postea emergens illos, *veluti morte secuta*, (ὡσανεὶ τελευτῆς ἀκολουθησάσης) separat: quoniam maiores nostri dicunt, *servitutem supervenientem non multum a morte differre.* Um den hier von Justinian gemachten Unterschied zwischen ingenui und libertini noch mehr hervorzuheben, hat *Henr.* Agylaeus in libr. sing. ad ea, quae in Novellis Justiniani Constitutionibus ius civ. attingunt, (in Zepernick delectu scriptor. Novellas Justiniani earumque histor. illustrant. (*Halae* 1783. 8.) pag. 41.) den Sinn des Cap. 9. folgendermassen dargestellt: *In libertinis vero eorumque liberis hae leges vim et auctoritatem retineant, ut poenae servitutis subiectis ipsis iustum ac necessarium divortium subsequatur.* Dieß ist also nur noch der einzige Fall einer servitus poenae, welche Justinian *Nov. LXXVIII. Cap.* 2. nochmals bestätiget hat. S. *Jac. Henr.* Born Diss. de poenis libertor. ingrator. apud Romanos. *Lips.* 1738. §. XV. in fin.

bloßen Verlust der Civität geknüpft [89]. Immerhin konnte also Justinian zur Ehre der freien Geburt die servitus poenae aufgehoben haben, *non enim liberam conditionem*, sagt er, *in servilem statum mutamus, qui, ut eorum, qui antea servi fuerunt, manumissores essemus, operam dedimus;* darum war ja die damit verknüpfte Folge der Confiscation noch nicht aufgehoben, weil diese mit jeder capitis deminutio magna, also auch mit dem Verlust der Civität verbunden war. Es steht demnach mit der in der Novelle 22. geschehenen Aufhebung der servitus poenae in gar keinem Widerspruche, wenn der Grundsatz des ältern Rechts, nach welchem jede Capitalstrafe die Confiscation zur Folge hatte, sich auch noch in dem neuesten Justinianeischen Rechte findet. Justinian [90] hat ihn blos dahin ge-

89) *L. 1. pr. de bonis damnator.* (XLVIII. 20.)

90) *Novell. CXXXIV. Cap.* 13. Sancimus, si illi, qui ob crimina, in quibus leges publicationem vel mortem definiunt, accusantur, convicti, vel condemnati: ne illorum facultates magistratibus, vel eorum cohortibus lucro cedant, sed neque secundum veteres leges fisco deferantur: verum, si descendentes habeant, illi bona habeant, exceptis iis, quae per id crimen ad eos venerunt. Si nulli descendentes adsint, sed ascendentes usque ad tertium gradum, illi ea habeant. Si ita condemnati uxores habeant, omnibus modis iubemus, ut illae et dotem et donationem propter nuptias accipiant. Quodsi etiam sine dote eiusmodi personis cohabitarunt: legibus nostris definitam partem ex tota condemnati substantia accipiant, sive liberos habeant, sive non. Si is, qui deliquit, neminem ex ante dictis habeat, tunc fisco substantiam illam deferri volumus. In illis autem, qui ob crimen laesae Majestatis con-

mildert, daß das Vermögen derjenigen, welche wegen eines Verbrechens, worauf die Gesetze die Todesstrafe oder die Confiscation androhen, verurtheilt worden sind, nicht sogleich an den Fiscus fallen, sondern dasselbe, wenn der Verurtheilte Descendenten hat, diesen, und zwar ohne Unterschied des Grades, wenn aber deren keine vorhanden sind, den Ascendenten desselben, jedoch diesen nur bis zum dritten Grade, überlassen werden, und diese dem Fiscus vorgehen sollen. Hinterläßt ferner der Verurtheilte eine Ehefrau, so soll diese ihre dos und donatio propter nuptias auf jeden Fall behalten; hat sie hingegen keine dos eingebracht, so soll sie wenigstens ihr gesetzliches Erbrecht, soweit ihr ein solches zu-

demnati sunt, veteres leges servari iubemus. Irnerius hat in der *Auth.* Bona damnatorum *Cod. de bonis proscriptor.* (IX. 49.) den Sinn der Novelle ganz entstellt. Sie wird darin ganz gegen die Absicht des Gesetzgebers und die klaren Worte des Gesetzes auch auf die Seitenverwandten bis zum dritten Grade ausgedehnt. Den Irrthum hat *Ant.* Matthaei de criminibus ad Libr. XLVIII. Tit. 18. Cap. 2. §. 2. pag. 766. (*Vesaliae* 1672. 4.) aus seiner Quelle gezeigt. Man sehe auch meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. § 64. S. 276. Zwar hat *Hieron.* Elenus Diatribar. seu Exercitation. ad ius civ. Lib. II. Cap. 22. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 1449.) die Integrität und den Vorzug der Auth. vor der Novelle darzuthun versucht; aber aus nichtigen Gründen. Man sehe vielmehr *Ant.* Fabri de errorib. Pragmaticor. et Interpret. iur. Decad. LXXIII. Err. 5. Die irrige Meinung derjenigen, welche die Novelle 134. auch bey Descendenten blos auf den dritten Grad beschränken wollen, habe ich in meiner Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge §. 162. S. 617. f. (der 2. Aufl.) widerlegt.

steht [91]), geltend machen dürfen, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Verurtheilte Kinder hinterläßt, oder nicht. Erst wenn von allen diesen Personen keine vorhanden ist, soll das Vermögen des Verurtheilten an den Fiscus fallen. Nur in dem Falle, da Jemand wegen des Verbrechens der beleidigten Majestät d. h. hier wegen Hochverraths, verurtheilt worden ist, soll es beym ältern Rechte bleiben. Daß hier blos von stillschweigenden Confiscationen die Rede sey, welche in Gefolge der Verurtheilung zu Capitalstrafen eintreten, und nicht von denen, die ausdrücklich zum Vortheil dritter Personen angeordnet sind, wie z. B. der Entführten beym crimine raptus [92]), oder der Kinder beym Incest [93]), liegt schon in den Worten des Gesetzes. Daß auch das Gesetz nur von einer totalen Vermögens-Confiscation, nicht von einer blos theilweisen rede, erscheint daraus, weil bey der letztern von jeher keine Berücksichtigung der Angehörigen Statt fand [94]). Ob aber nach dieser Novelle die zu einer Capitalstrafe verurtheilten Verbrecher auch testiren können, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Mehrere [95]) wollen dieses aus dem Grunde behaupten,

91) S. *Nov. CXVII. Cap.* 5. und *Jo.* Leunclavius Notator. Lib. II. Notat. CCLXXIII. (in *Th. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 1560.)

92) *L. un. C. de raptu virg.* (IX. 13.)

93) *Nov. XII. cap.* 1.

94) *L.* 1. §. 3. *D. de bonis damnator.* Callistratus *libro I. de iure fisci et populi.* Liberis eius, cui pars dimidia duntaxat bonorum ablata est, partes non dantur, idque et divi Fratres rescripserunt.

95) *Henr.* Hahn Observation. theor. pract. ad *Wesenbecium.* Lib. XXVIII. Tit. 1. Nr. XIII. ad vv. *Quorum*

weil nun der ganze Grund, warum sie nach dem Civilrecht nicht testiren konnten, wegfalle. Denn so wie durch die Novelle 22. Kap. 8. die servitus poenae, so sey durch die Nov. 134. Kap. 13. mit der Confiscation auch die Ursach derselben, nämlich die capitis deminutio, aufgehoben worden. Allein daß diese Meinung sich nicht vertheidigen lasse, hat schon Lüder Mencken [96]) sehr gründlich gezeigt. Die Folgen der Capitalstrafe, daß sie, wenn sie auch nun keine Servitut mehr, doch wenigstens immer noch den Verlust der Civität zur Folge hat, und daher mit einer Confiscation des Vermögens verbunden ist, hat Justinian keineswegs aufgehoben, sondern die letztere blos aus besonderer Begünstigung der Descendenten, Ascendenten [97]) und Ehefrauen dahin beschränkt, daß diese dem Fiscus vorgehen sollen. Da dieselben also nicht als Erben in das Vermögen des Ver-

utrumque pag. 259. *Helf. Ulr.* Hunnius Var. Resolution. iuris civ. Lib. I. Tract. IV. Qu. 10. *Sim. van* Leuwen Cens. for. Lib. III. Cap. 3. nr. 7. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. P. II. Lib. XXVIII. Tit. 1. Qu. 1. u. m. a.

96) Diss. de testamenti factione damnatis ad mortem iure civ. denegata. *Lips.* 1694. Th. IV — IX.

97) Schon in früheren Verordnungen der Kaiser, z. B. eines Hadrians, Gratians, Valentinians II. und Theodosius I, desgleichen eines Theodos II. und Valentinian III. wurden die Descendenten, und Ascendenten des Verurtheilten in Rücksicht der Confiscation bald mehr, bald weniger begünstiget. *L.* 7. *D. de bonis damnat. L.* 8 — 10. *Cod. Th. de bonis proscriptor. L.* 8. *et* 10. *C. Just. eodem.* (IX. 49.) S. Marezoll angef. Abh. S. 57 — 62. und meine Erört. der Intestaterbfolge §. 83. S. 290. f. der 2. Aufl.

urtheilten succediren, sondern blos aus Rücksichten der Milde dem Fiscus vorgehen sollen, folglich das ihnen bleibende Vermögen blos dem Gesetz als eine Wohlthat zu verdanken haben; so kann sich der Verurtheilte um so weniger zur Errichtung eines Testaments für berechtiget halten, als ihm das Recht zu testiren dadurch nicht zurückgegeben worden ist, welches ihm wegen der mit der Strafe verknüpften Capitis-Deminution ohnehin gar nicht zustehen kann. Die durch das Gesetz begünstigten Personen treten vielmehr in die Stelle des Fiscus ein, und erhalten das Vermögen mit denselben Rechten und Pflichten, die der Fiscus haben würde, wenn er selbst das Vermögen des Verurtheilten einzöge. Er kann also zum Nachtheil der Begünstigten sich eben so wenig einer Disposition über sein Vermögen anmassen, als wenn der Fiscus das Vermögen selbst für sich behielte [98]. Diese Meinung wird auch von den meisten Rechtsgelehrten [99] angenommen.

Eine andere Frage ist, ob das Röm. Recht noch jetzt gelte, oder nicht vielmehr durch das deutsche Criminalrecht abgeändert worden sey? Eine streitige Rechtsfrage, noch streitiger, als die vorhergehende. Mehrere

98) S. besonders Marezoll. S. 67—70.

99) *Ant.* Matthaei de criminibus ad Lib. XLVIII. Tit. 18. Cap. 2. §. 5. pag. 768. sq. *Hug.* Donellus Comment. de iure civ. Lib VI. Cap. 16. §. 28. pag. 400. sq. (Vol. III. *edit. noviss. Norimb.* 1807. 8.) *Reinh.* Bachov Not. et Animadvers. ad *Treutlerum.* Vol. II. Disp. X. Th. II. Lit. H. pag. 527. sp. *Ulr.* Huber Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 12. §. 7. *Ant.* Faber de erroribus. Pragmaticor. et Interpret. iuris Decad. LXXIII. Err. 2. et 3. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 29. u. a. m.

angesehene Rechtsgelehrten [100]) behaupten, das römische Recht gelte noch jetzt. Allein diese Meinung ist mit Recht zu verwerfen, weil das Römische Recht durch den Art. 218. der Peinl. Gerichtsordnung Carls V. abgeändert worden ist. Denn so verschieden auch dieser Artikel von den Criminalisten erklärt wird [1]), so ist man doch jetzt wenigstens darin einverstanden, daß dadurch die stillschweigende Confiscation, die nach dem Röm. Rechte Folge einer jeden Capitalstrafe war, aufgehoben sey [2]). Sie soll nicht blos zum Besten der Descendenten und Ascendenten aufhören, wie sie Justinian in der Novelle 134. Kap. 13. gemildert hatte; nein, sie soll überhaupt der Regel nach aufgeho-

100) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 10. pag. 717. sq. *Guil. Hieron.* BRÜCKNER Progr. de confiscatione bonorum in delictis. *Jenae* 1707. rec. 1735. circ. fin. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 787. S. 657. der 3. Ausg. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 470. und Valett Lehrb. des pract. Pand. Rechts. 3. Band. §. 959.

1) S. *de* BOEHMER Meditation. in Const. Crim. Carolin. ad Art. CCXVIII. und EJUSDEM Observation. select. ad *Carpzovium* Quaest. CXXXV. Obs. 3. pag. 117. sqq. *Nic. Ge. Bern. de* LOEWENSTERN Progr. de bonorum publicatione in suppliciorum consequentiam nemesi Carolina sublata, ad interpretandum Art. CCXVIII. C. C. C. *Buetzovii* 1776. 4. *Ott. Dav. Henr.* BECMANN Progr. ad Art. CCXVIII. C. C. C. *Goettingae* 1783. 4. und *Car. Frid.* WALCH Glossar. Germ. interpretat. C. C. C. inserviens. Introd. in lection. C. C. C. §. 3. pag. 8—11.

2) S. von Quistorp Grds. des peinl. Rechts. 1. Th. §. 76. von Feuerbach Lehrbuch des peinlichen Rechts. §. 153. der 10. Ausg. Tittmann Handb. des gemeinen deutschen Peinl. Rechts. 1. Th. §. 77. Not. 5. u. a. m.

ben seyn. Sie soll nach der richtigern Erklärung [3]) nur bey dem Verbrechen der beleidigten Majestät, worunter K. Carl V. auch den Hochverrath versteht, und in den Fällen Statt finden, wo sie die Gesetze ausdrücklich mit der Todesstrafe verknüpft haben, das heißt hier Leib und Gut verwirken [4]). Daher behaupten jetzt die meisten Rechtsgelehrten [5]), daß auch zum Tode

3) S. Joh. Christ. Koch's Vorrede zu seiner Ausgabe der Hals- oder Peinl. Gerichtsordnung Carls V. §. 9. S. 36 —41. Gall. Aloys Kleinschrod's syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grdwahrh. des Peinl. Rechts. 3. Th. §. 66 und 67. Salchow Darstell. der Lehre von Strafen und Verbrechen. 1. Bd. §. 147. S. 298.

4) Walch Glossar. Germ. interpretat. C. C. C. inversiens. voc. *Leib.* pag. 362. sqq. Es verdient hier die lateinische Uebersetzung von *Ge.* Remus Nemesis Karulina. *Herbornae Nassov.* 1600. 8. einen Platz. Sie lautet Cap. 218. §. 6. pag. 195. folgendermassen: *Denique iudices gravissime delinquunt, cum extra laesae majestatis crimen, ob delicta alia capitali supplicio, non autem bonorum confiscatione plectenda sontes puniunt, damnatorumque bona in aerarium redigunt. Unde eorum uxores et liberos, illa dote, his patrimonio exspoliatis, ad summam miseramque paupertatem recidere oportet.*

5) *Lud.* Mencken Diss. cit. §. XXVII. sqq. *Jo.* Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. XXVIII. §. 28. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. XXIX. *de* Boehmer Meditation. ad Art. CCXVIII. C. C. C. §. 8. pag. 953. Just. Claproth von Testamenten und Codicillen §. 6. S. 52. der 2. Aufl. *Car. Christph.* Hofacker Princ. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1254. *Chr. Aug.* Günther Princ. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 716.

verurtheilte Verbrecher, sie mögen Kinder haben, oder nicht, testiren können, sofern das Verbrechen kein solches ist, mit welchem die Gesetze ausdrücklich die Confiscation verbunden haben.

§. 1407. a.

Testamente derer, welche sich noch in der väterlichen Gewalt befinden.

Ausgeschlossen von der activen Testamentifaction sind ferner

6) diejenigen, welche sich noch in der väterlichen Gewalt befinden [6]), sofern sie kein solches Vermögen besitzen, in Rücksicht dessen sie als gewaltfreye Personen angesehen werden. Qui alieno iuri subiecti sunt, testamenti faciendi ius non habent, so lehrt schon Justinian in seinen Institutionen [7]), und in einer Constitution vom Jahre 531. [8]) sagt er: Nullo etenim modo filiisfamilias, cuiuscunque gradus vel sexus, testamenta facere permittimus, sed antiqua lex per omnia conservetur, quae filiisfamilias, nisi in certis

not. d. *Chr. Frid.* Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 461. not. 9. von Hartitzsch Erbrecht. §. 21.

6) *Ger. Jotter* Braack Diss. de testamento filiifamilias. *Groening.* 1754. 4. *Car. Aug.* Ringel Diss. de iure testandi, quod competit filiofamilias, praes. *Ern. Gottfr. Christ.* Klügel def. *Wittembergae* 1806. 4. und *Christ. Nic.* Schumacher Diss. de exclusione filiorumfamilias a testamenti factione, speciatim quoad bona adventitia extraordinaria. *Goettingae* 1781. 4.

7) *Pr. J. Quib. non est permiss. fac. testam.* (II. 12.) S. auch *L.* 16. *D. h. t.*

8) *L.* 11. *C. Qui testam. fac. poss.* (VI. 22.)

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

casibus, testamenta facere nullo modo concedit. Das von einem filiusfamilias errichtete Testament ist daher, und bleibt ungültig, wenn er auch als homo sui iuris gestorben wäre, wie Modestinus *libro V. Pandectarum* [9]) lehrt. Den Grund, warum ein filiusfamilias nicht testiren kann, glaubt man insgemein in dem Gesetz der 12 Tafeln: *Paterfamilias uti legassit, ita ius esto*, gefunden zu haben. Indem also das Gesetz nur dem Paterfamilias das Recht zu testiren gestattet, so folgert man daraus, daß dieses Recht einem filiusfamilias nicht zustehen könne [10]). Allein daß der Zusatz *Paterfamilias* unächt sey, ist nun wohl als entschieden anzusehen [11]). Es fällt mithin auch der darauf gebauete Grund von selbst weg. Kein einziger der

9) *L.* 19. *D. h. t.* Eben so Justinian *pr. J. cit. in fin.* Theophilus in *Paraph. graec.* Tom. I. pag. 361. (der Reitz. Ausg.) macht hierbey die Bemerkung: γὰρ ἀεὶ οὐ μόνον τὸν καιρὸν τῆς τελευτῆς, ἀλλὰ καὶ τὸν τῆς ποιήσεως τῆς διαθήκης, εἰ ἐν ἑκατέρῳ χρόνῳ παῤῥησίαν εἶχε τοῦ διατίθεσθαι. i. e. *Spectamus enim semper non modo tempus mortis, sed et confectionis testamenti, an utroque tempore testandi licentiam habuerit.*

10) *Franc.* Duarenus Comm. ad h. Tit. Pand. Cap. 2. *Ant.* Faber Jurispr. Papinian. Tit. II. Princ. V. Illat. 1. pag. 47. *de* Retes Miscellaneor. Lib. I. Cap. 22. nr. 8. (Tom. VI. *Thes. Meerman.* pag. 73.) Heineccius Antiquitat. Rom. Lib. II. Tit. 10. 11. 12. §. XVIII. u. a.

11) S. Erb Unächtheit des *Paterfamilias* uti legassit in den 12 Tafeln, in Hugo civilist. Magazin IV. Band. Nr. XV. S. 462—483. und Dirksen Kritik und Herstellung des Textes der 12 Tafel-Fragmente. Kap. 11. Tab. V. Fragm. 3. pag. 329. ff.

juristischen Classiker [12]), welche das Gesetz der 12 Tafeln anführen, weiß von diesem Worte. Ja würden sich nicht die Röm. Juristen auf dieses Gesetz, als einen eben so unwiderleglichen wie unwandelbaren Beweis, vor allen andern berufen haben, um damit den Satz, daß ein filiusfamilias nicht testiren könne, zu begründen, wenn der Zusatz Paterfamilias ächt wäre? Und würde man nicht, wenn das Wort paterfamilias in den 12 Tafeln gestanden hätte, Frauenspersonen von dem Rechte zu testiren ausgeschlossen haben, welche doch, wenn sie nur sui iuris waren, obwohl tutore auctore, testiren konnten [13])? Einen ganz andern Grund, warum ein filiusfamilias nicht testiren könne, geben die Römischen Juristen an. Ulpian [14]) sagt: Filiusfamiliae testamentum facere non potest, *quoniam nihil* SUUM *habet, ut testari de eo possit*. Eben diesen Grund führt auch Theophilus [15]) an, wenn er sagt: ὑπεξούσιος γὰρ οὐ δύναται διατίθεσθαι· ἐπειδὴ διαθήκη

12) Man vergleiche ULPIAN. *Fragm. Tit. XI.* §. 14. GAJUS *Institut. Comm. II.* §. 224. POMPONIUS *L.* 120. *D. de Verb. Signif. Instit.* JUSTINIAN. *Lib. II. Tit.* 22. *pr.* Justinian führt in der *Nov. XXII. Cap.* 2. das Gesetz der XII Tafeln mit den Worten an: *Uti legassit quisque de rebus suis, ita ius esto.*

13) GAJUS *Inst. Comm. II.* §. 118. ULPIAN. *Fragm. Tit. XX.* §. 15. S. Dernburg's Beyträge zur Geschichte der Röm. Testamente. Kap. IV. S. 266—301. und Schilling's Bemerkungen über Röm. Rechtsgesch. S. 375. Vergl. auch den 33. Th. dieses Commentars §. 1404. d. S. 406 ff.

14) *Fragm. Tit. XX.* §. 10.

15) *Paraphr. graec. Instit.* Lib. II. Tit. 10. §. 9. (Tom. I. pag. 340. edit. *Reitz.*)

ἐστὶ τῶν ὄντων διατύπωσις, οὐ νομίζεται δέ τι ἔχειν ὁ ὑπεξούσιος ἐν πληρεστάτῃ ἐξουσίᾳ, ὥστε πράττειν ἃ βούλεται ἐπ' αὐτῷ. i. e. *Alieni enim iuris qui est, testari non potest, quoniam testamentum est rerum suarum ordinatio, verum, qui alieni iuris est, haud creditur quidquam in plenissima habere potestate, ita ut, quae velit, in eo facere possit.* Denselben Grund, warum ein filiusfamilias nicht testiren könne, wiederholt Theophilus nochmals an einem andern Orte[16]), wo es heißt: ἐπειδὴ διαθήκη ἐστὶ τῶν ὄντων διατύπωσις· ὑπεξούσιος δὲ οὐ δύναται, ὡς βούλεται, τὰ οἰκεῖα διατυποῦν. — *filius autem familias res suas, ut vult, ordinare nequit.* Es ist wohl unverkennbar, daß Theophilus hierbey an das Gesetz der XII Tafeln: *Uti legassit* SUAE REI, *ita ius esto*[17]), wie sie uns Gajus[18]), und Pomponius[19]) angeben, gedacht, und also den angeführten Grund aus den Gesetzen der 12 Tafeln hergeleitet

16) *Lib. II. Tit.* 12. *Pr.* pag. 358.

17) Wenn Ulpian *Fragm. Tit. XI.* §. 14. das Gesetz vollständiger so darstellt: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei;* so werden die Worte *suae rei* nicht von pecunia tutelave, sondern von *legassit* construirt. Denn die Redensart *legare suae rei*, für legem dicere suae rei, ist bekannt. Die Worte *super pecunia tutelave* sind also nur als ein Zwischensatz zu betrachten, wodurch das *suae rei* näher bestimmt wird, und welche soviel sagen wollen: sive super pecunia (Vermögen) sive super tutela. S. vorzüglich Schilling's Bemerkungen über Röm. Rechtsgeschichte S. 97. Not. 228. Man vergleiche damit den 29. Th. des Commentars §. 1305. Not. 99. S. 205.

18) *L.* 120. *D. de Verbor. Signif.*

19) *Instit. Comm. II.* §. 224.

habe. Gewiß würde Theophilus auf das Wort *paterfamilias* ein größeres Gewicht gelegt haben, als auf *suae rei*, wenn jenes in den 12 Tafeln gestanden hätte. Aus diesem erscheint soviel, daß der Grund der Testamentsunfähigkeit bey Familien-Kindern ursprünglich in der Strenge der väterlichen Gewalt lag, vermöge welcher sie kein *suum* hatten, worüber sie hätten testiren können. Denn nach dem Familien-Recht war es nur, wie Ulpian *libro XLVI. ad Edictum* [20]) lehrt, der Paterfamilias allein, qui in domo dominium habet, nämlich über das zur Familie gehörige Vermögen [21]). In der Folge konnte nun zwar der filiusfamilias eigenes Vermögen erwerben, man hätte also glauben sollen, der Grund, warum der filiusfamilias kein Testament machen kann, wäre nun weggefallen. Dennoch dauerte die Testamentsunfähigkeit fort, weil der alte Gesichtspunct doch nicht gänzlich wegfiel. Denn soviel die bona adventitia des Haussohns betrifft, so wird dem Vater selbst vom Kaiser Constantin [22]) ein solches Verwaltungsrecht in Ansehung derselben zugeeignet, als ob solidum perfectumque dominium ei acquisitum fuisset. Galvanus [23]) nennt es nicht unpassend ein dominium patri *iure familiae* competens. Stand auch die Proprietät davon dem Kinde zu, so war sie doch dem Sohne kein solches *suum*, daß er darüber hätte ein Testament

20) *L.* 195. §. 2. *D. de Verb. Signif.*

21) Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 179. S. 659.

22) *L.* 1. *C. de bonis matern.* (VI. 66.)

23) De usufructu Cap. VIII nr. 6. S. den 14. Th. des Commentars §. 909. S. 372.

errichten können. Es galt, solang der Sohn noch in der väterlichen Gewalt war, gewissermassen für einen Theil des väterlichen Vermögens. Daher gab es auch der Vater beym Census als sein Vermögen an. So erkläre ich mir, wenn K. Justinian in der *L. 7. C. Qui bonis cedere poss.* (VII. 71.) den filiisfamilias die cessio bonorum gestattet, cum possint habere substantias, quae patribus acquiri vetitae sunt, und sogar des peculii castrensis namentlich gedenkt, aber dennoch sagt: etsi nihil *in suo censu* hi, qui in potestate parentum sunt, habeant. Das peculium castrense war freylich das einzige, und das späterhin ihm nachgebildete quasi castrense, worüber dem filiusfamilias zu testiren in kaiserlichen Constitutionen gestattet wurde; allein bediente sich der Sohn seines Rechts nicht, so fiel nach dem ältern Rechte des ohne Testament verstorbenen Sohnes castrensisches Vermögen dem Vater, der dessen nur bedingt entbehrte, postliminii cuiusdam similitudine, wie Tryphonin [24]) sich ausdrückt, nicht als Erbschaft, sondern quasi peculium anheim, als wenn er von Anfang an unumschränkter Eigenthümer geblieben wäre [25]), retroque videatur ha-

24) *L.* 19. §. 3. *in fin. D. de castrensi peculio.* (XLIX. 17.)

25) *L.* 3. §. 10. *D. de minor.* *L.* 1. 2. 9. 14. *et* 17. *pr. et* §. 1. *D. de castr. pec.* S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 68. der 2. Aufl. Mühlenbruch Observation. iuris Rom. Specim. I. (*Regiomonti* 1818. 8.) Cap. I. nr. 11. pag. 28. sqq. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 187. S. 687. Vergl. noch *Jos. Fernand. de* Retes Opusc. Lib. V. Cap. 9. und den 2. Th. dieses Commentars §. 129. S. 208. u. §. 136. S. 254. f.

buisse rerum dominia. Der Vater erwarb also nicht das peculium castrense des Sohnes [26]), sondern es blieb nun bey demselben [27]). Denn er war schon bey Lebzeiten des Sohns Eigenthümer, nur daß sein Eigenthum, so lange der Sohn lebte, und noch ungewiß war, ob sich derselbe nicht seines Rechts, darüber zu testiren, bedienen werde, ohne Wirkung [28]). Nur der Sohn konnte über dieses Peculium, als unumschränkter Eigenthümer, gerade so, wie ein paterfamilias, disponiren [29]), ohne daß ihn der Vater daran hindern, oder durch eigne Verfügungen eingreifen durfte [30]). Der Vater konnte zwar solche Geschäfte in Ansehung desselben vornehmen, die dem Sohne vortheilhaft waren, z. B. Güter desselben von den darauf lastenden Servituten befreyen [31]);

26) *L.* 1. §. 22. *D. de collat. bonor.* (XXXVII. 6.) non enim *nunc* acquiritur, sagt daselbst Ulpian, sed non adimitur.

27) *L.* 5. *C. de castr. pec.* (XII. 37.) Intelligis filio, qui militavit, defuncto, so rescribiren die KK. Diocletian und Maximian, peculium eius penes patrem *remansisse*, non hereditatem patri quaesitam.

28) S. *Jos. Fernand. de* Retes Opusculor. Lib. V. Cap. 6. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 256. sqq.)

29) *L.* 2. *D. de SCto Maced. L.* 15. §. 3. *L.* 18. §. 4. *et* 5. *D. de castr. pec.* (XLIX. 17.)

30) *L.* 4. §. 1. *L.* 5. 6. 10. 12. *D. de castr. pec. L.* 2. *et* 3. *C. eodem.* Hierauf bezieht sich auch, wenn Juvenalis *Satyr. XVI.* v. 51 — 54. sagt:

Solis praeterea testandi militibus ius
Vivo patre datur: nam quae sunt parta labore
Militiae, placuit non esse in corpore census,
Omne tenet cuius regimen pater.

31) *L.* 18. §. 3. *D. de castr. pec.*

andere hingegen konnten nur, jedoch rückwärts, gültig werden, insofern der Sohn von seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht hatte [32]. Das peculium castrense war also nur insofern ein *suum* des filiusfamilias, als er von dem ihm gestatteten Rechte darüber zu testiren wirklichen Gebrauch machte [33]. Man sieht hieraus, daß es hier mehr um Begünstigung des Soldatenstandes, als um Beschränkung der väterlichen Gewalt zu thun war [34]. Denn starb der Sohn ohne Testament, so stach der Character des alten Peculiums recht sichtbar hervor, indem nun das castrense peculium dem Vater als peculium verblieb. Nam cum apud patrem remanet, sagt Paulus *libro XI. Quaestionum* [35], IUS PRISTINUM *durat*, *et* PECULIUM *est*. Allein auch selbst, wenn der Sohn testirte, zeigten sich noch unverkennbare Spuren davon. Denn so wurde Erstens der in dem Testamente desselben eingesetzte Erbe nicht als eigentlicher heres betrachtet, sie ward dem Erben nur als eine quasi hereditas deferirt, es mochte der Vater, oder ein Fremder zum Erben eingesetzt seyn. Ulpian sagt *libro IV. Disputationum* [36]: castrense peculium filiifamilias,

32) *L.* 18. §. 1. *D. eodem.* *L.* 44. *pr.* *D. de legat.* XXX. *L.* 98. § 3. *D. de solut.* (XLVI. 3.)

33) S. Erb angef. Abhandl. in Hugo civil. Magaz. IV. S. 472.

34) *L.* 10. *pr. D. ad SCt. Tertyll. et Orphit.* (XXXVIII. 17.) Magis enim iudicio militum hoc beneficium concessum est, sagt daselbst Pomponius, *non ut* OMNIMODO *quasi patresfamiliarum in ea re sint.* Man vergl. über diese Stelle vorzüglich MÜHLENBRUCH Doctr. Pand. Vol. II. §. 302.

35) *L.* 18. *pr. D. ad leg. Falcid.* (XXXV. 2.)

36) *L.* 9. *pr. D. de castr. pecul.*

si quidem testatus decessit, *quasi hereditatem deferri heredi scripto*, sive extraneum scripsit heredem, sive patrem. Sed cum nihil de peculio decernit filius, non nunc obvenisse patri, *sed non esse ab eo profectum creditur.* Eben so sagt Ulpian auch *libro LXVII. ad Edictum*[37]): Si filiusfamilias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed *quasi peculium* patri deferuntur: si autem testamento facto, *hic*[38]) *pro hereditate habetur castrense peculium.* Daß der eingesetzte Erbe ein Universal-Successor sey, war wohl ausser Streit[39]); nur das scheint unter den Röm. Juristen zweifelhaft gewesen zu seyn, ob er für einen prätorischen Successor zu halten, oder ob er kraft der Constitutionen per universitatem succedire[40]). Für das Letztere erklärte sich jedoch die herrschende Meinung.

37) *L.* 2. *D. eodem.*

38) *Hic*, id est, hoc in casu, patre scil. herede scripto, et hereditatem adeunte. S. *de* RETES c. l. Lib. V. Cap. 8. nr. 2.

39) Der successor des filiifamilias militis war daher, wie ein Erbe, zu allen Schulden verbunden, während der Vater, wenn der Sohn ohne Testament starb, nur peculiotenus und nach dem prätorischen Rechte nur ein Jahr für die Schulden haftete. *L.* 17. *pr. D. de castr. pec.* PAPINIAN. *libro II. Definitionum. Pater, qui castrense peculium intestati filii retinebit, aes alienum intra modum eius, et annum utilem iure praetorio solvere cogitur.* Man verbinde damit die *L.* 1. *D. Quando de peculio actio annalis est.* (XV. 1.)

40) S. MÜHLENBRUCH Observation. iur. Rom. Spec. I. Cap. 1. pag. 31. Hasse über Universitas iuris und rerum, im Archiv für die civilist. Praxis 5. Band. S. 48. und 49.

Dieß erscheint aus der Aeusserung Ulpians, welcher *libro XIX. ad Edictum*[41]) sagt: Si filiifamilias militis peculium sit, fortius defendi potest, *hereditatem effectam per constitutiones.* Man räumte daher auch dem Successor die Rechte und Rechtsmittel eines Civilerben (nicht blos eines prätorischen) ein. Z. B. das iudicium familiae erciscundae, welches Ulpian a. a. O. anführt, ferner die hereditatis petitio. Filiifamilias militis, sagt Paulus *libro XX. ad Edictum*[42]), PUTO *peti posse hereditatem* ex testamento nobis obvenientem, und Papinian sagt *libro II. Definitionum*[43]): Si testamento scriptus heres exstiterit, *perpetuo* CIVILITER *ut heres convenietur.* Das peculium castrense, worüber der filiusfamilias

41) *L.* 2. §. 2. *D. Famil. ercisc.* (X. 2.)

42) *L.* 34. *princ. D. de hereditat. petit.* (V. 3.)

43) *L.* 17. *pr. D. de castr. pecul.* Papinian spricht hier eigentlich vom Vater. War dieser von seinem Sohne zum Erben eingesetzt worden, so haftete er für die Schulden des Sohnes nach dem Civilrechte, und also nicht blos, wie wenn ihm das peculium iure patriae potestatis geblieben wäre, ein Jahr lang, sondern er konnte actione perpetua belangt werden. Schlug der Vater die Erbschaft ex testamento aus, um den Nachlaß quasi ab intestato, nämlich iure peculii, zu erhalten, so konnten die Legatarien zwar ex Edicto *si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem* gegen den Vater klagen, und zwar perpetuo, nicht blos binnen einem Jahre, allein doch nur insoweit als das peculium castrense zureichte, wie Papinian *L.* 17. *cit.* §. 1. sagt. Man vergleiche *Jos. Fern. de* RETES Opusculor. Lib. III. ad L. ult. D. ad Leg. Falcid. (in *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 181. nr. 7.)

testirt hat, ward auch Zweytens nicht sogleich nach dem Tode desselben wie eine hereditas angesehen, sondern erst dann, wenn das Testament durch die Antretung der Erbschaft war bestätiget worden, so daß also in der Zwischenzeit die rechtliche Fiction, nach welcher sonst eine noch nicht angetretene Erbschaft die Person des Verstorbenen repräsentirt, hierbey nicht zur Anwendung kam[44]. Folgende Gesetzstellen werden dieses deutlich bestätigen.

L. 18. *pr. D. de stipulatione servorum.* (XLV. 3.) Papinianus *libro XXVII. Quaestionum.* Si servus communis Maevii et castrensis peculii, defuncto filiofamilias milite, antequam adeat institutus hereditatem, stipuletur: socio, qui solus interim dominus invenitur, tota stipulatio quaeretur: quoniam partem non facit hereditas eius, quae nondum est. *Non enim si quis heredem existere filiofamilias dixerit, statim et hereditatem eius iam esse consequens erit: cum beneficium principalium constitutionum in eo locum habeat, ut filiusfamilias de peculio testari possit: quod privilegium cessat, priusquam testamentum* ADITIONE *fuerit confirmatum.*

L. 18. *pr. D. ad legem Falcidiam.* Paulus *libro XI. Quaestionum.* Filiusfamilias, qui mili-

44) S. *Jos. Fern. de* Retes Opusculor. Lib. V. Cap. 7. (*Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 262. sqq.) und Schilling's Bemerkungen über Röm. Rechtsgeschichte. S. 368. Anderer Meinung ist jedoch *Gregor.* Majansius in Diss. de hereditate iacente. §. 20. (in Ejus *Disputation. iuris civ.* Tom. II. Nr. XXXVI. pag. 49. sqq.)

taverat, decedens patris sui fidei commisit codicillis, ut peculium suum castrense Titio post mortem restitueret. Quaerebatur, an ut heres quartam deducere possit? Dixi, legem Falcidiam inductam esse a Divo Pio etiam in intestatorum successionibus propter fideicommissa: *sed in proposito nec hereditatem esse:* quamvis placeret mihi, *extraneo herede instituto* [45]), *fieri hereditatem* ADITIONE *eius.*

Der Grund, warum das castrense peculium nicht sogleich nach dem Tode des filiifamilias wie eine Erbschaft angesehen wurde, sondern erst dann, wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft aus dem Testamente antrat, war, damit das peculium, wenn der Erbe die Erbschaft ausschlug, wieder an den Vater zurückfallen konnte. Denn hatte der Sohn testirt, so mußte das Eigenthum des Vaters an dem Peculium des Sohnes aufhören. Eine Fortdauer desselben nach dem Tode des Sohnes, während der Erbe deliberirte, konnte darum nicht ange-

45) *Ant.* FABER Jurispr. Papin. Scient. Tit. XI. Princ. IX. Illat 5. pag. 657. will aus den Worten: *extraneo herede instituto* folgern, Paulus sey in dem Falle, da der Vater zum Erben eingesetzt worden, anderer Meinung gewesen, als Ulpian *L.* 9. *D. de castr. pec.* und giebt der Meinung des Paulus den Vorzug, weil ja dem Vater schon das Eigenthum des peculii castrensis iure patriae potestatis zustehe, und also nicht durch die Adition erwerben könne, was schon Sein ist. Allein wie unrichtig hier des großen Fabers Ansicht sey, hat *de* RETES Opusc. Lib. V. Cap 8. nr. 9. et 10. pag 267. sq. gezeigt. Vorzüglich aber ist zu vergleichen *Jac.* CUJACII Comment. in Libr. XII. Quaestion. Pauli ad h. L. 18. (*Oper. postum. a* FABROTO *editor.* Tom. II. pag. 1149.)

nommen werden, weil man dann hätte sagen müssen, der Erbe, wenn er nachher die Erbschaft antritt, erhalte das Eigenthum der zum Peculium gehörigen Sachen nicht vom Testator, sondern vom Vater, welches ungereimt gewesen wäre. War also auch in der Zwischenzeit, wo der eingesetzte Erbe deliberirte, noch keine Erbschaft vorhanden, so nahm man doch, wenn der Sohn einen Erben im Testament ernannt hatte, wenigstens eine wahrscheinliche Erbfolge an, die noch zu hoffen war, und neben welcher also das Eigenthum des Vaters nicht fortbestehen konnte. Wenn nun aber das peculium castrense nach dem Tode des Sohnes weder dem Vater gehörte, noch als eine hereditas angesehen werden konnte, solange sie der Erbe noch nicht angetreten hatte, blieb nun dasselbe darum ohne Eigenthümer? Nein, man fingirte ein peculium castrense iacens mit demselben Rechte, welches die hereditas iacens eines patrisfamilias hatte. Nun ging nichts verloren, was während der Deliberationszeit etwa durch einen servus castrensis dem Peculium zuwuchs. Es blieb in suspenso, bis der eingesetzte Erbe die Erbschaft antrat, oder ausschlug. Im ersten Falle gehörte der Zuwachs dem Erben, nicht anders, als ob er die Erbschaft gleich mit dem Tode des Testirers angetreten hätte. In dem letztern Falle dem Vater, dem das peculium nun wieder rückwärts zufiel, als wenn der Sohn gar nicht testirt hätte. So hatte man die strengere Meinung, nach welcher sonst der ganze Zuwachs in Rücksicht des Vaters, weil der Sclave während der Deliberationszeit dem Vater nicht gehörte, für nichts zu rechnen gewesen wäre, aus billiger Berücksichtigung der dem Vater schuldigen Achtung gemildert, und den Unterschied zwischen dem eingesetzten Erben, wenn

dieser die Erbschaft antrat, und dem Vater, wenn in dem entgegengesetzten Falle diesem das castrense peculium wieder anheimfiel, aufgehoben [46]). Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 14. §. 1. *et* 2. *D. de castrensi peculio.* PAPINIANUS *libro XXVII. Quaestionum.* Proxima species videtur, ut scriptis heredibus deliberantibus, quod servus interim stipulatus est, vel ab alio sibi traditum accepit, quod quidem ad patris personam attinet, si forte peculium apud eum resederit, nullius momenti videatur, quum in illo tempore non fuerit servus patris, quod autem ad scriptos heredes, in suspenso fuisse traditio itemque stipulatio intelligatur: ut enim hereditarius fuisse credatur, post aditam fit hereditatem [47]). *Sed paterna verecundia nos movet, quatenus et in illa specie, ubi iure pristino apud patrem peculium remanet, etiam acquisitio stipulationis vel rei traditae per servum fiat* [48]). §. 2. Legatum, quod ei servo relictum

46) S. *de* RETES l. c. Cap. 7. nr. 4—9. pag. 263. und *Jac.* CUJACII Comment. in libr. XXVII. Quaestion. Papiniani ad L. 14. D. de castr. pec. (*Oper. postumor. a* FABROTO *editor.* Tom. I. pag. 702. sq.)

47) *Greg.* MAJANSIUS in Diss. de peculio castrensi. §. 45. (inter EJUS Disputation. iuris civ. Tom. I. Nr. XIV. pag. 294.) hält diese Worte für keine Entscheidung des Papinians, sondern für den Inhalt der Frage, welche Papinian in den nachher folgenden Worten: *Sed paterna verecundia* etc. entscheide. Allein die ganze Wortfassung widerspricht schon dieser Erklärung.

48) *Jac.* CUJACIUS Comm. cit. loc. pag. 706. meint, diese Worte seyen nicht vom Papinian, sondern eine eingeschaltete Note des Ulpians zu Papinian, der hier nur

est, quamvis tunc propter incertum nulli sit acquisitum, omisso testamento patri tunc primum per servum acquiretur, quum, si fuisset exemplo hereditatis peculio acquisitum, ius patris hodie non consideraretur.

Daß der Vater das Legat acquirire, welches in der Zwischenzeit, während der eingesetzte Erbe deliberirte, einem servus castrensis hinterlassen worden ist, wenn der Erbe nachher die Erbschaft ausschlägt, und das peculium castrense wieder an den Vater zurückkehrt, giebt hier selbst Papinian zu, wenn er auch in Rücksicht der Stipulation oder einer andern acquisitio inter vivos nach den Regeln des strengen Rechts anderer Meinung war, und nur aus Achtung für den Vater der billigern Meinung huldigte. Allein eine solche Retro-Acquisition, wie bey dem Erben, wenn dieser die Erbschaft angetreten hätte, will hier Papinian beym Vater nicht Statt finden lassen. Nein, der Vater, sagt er, erwerbe das Legat durch den Sclaven nur erst von der Zeit an, da die Erbschaft ausgeschlagen, und das

nicht genannt sey. Daß dieß Ulpians Meinung sey, was hier gesagt worden, erhelle aus *L.* 33 *pr. D. de acquir. rer. dom.* Allein auch davon abgesehen, daß es schon gar nicht glaublich sey, daß die Verfasser der Pandecten hier die Note eines dem Papinian widersprechenden Rechtsgelehrten eingeschaltet haben sollten, ohne ihn zu nennen; so hat Ulpian, wie aus *Abr.* Wibling Jurispr. restituta pag. 318. und den daselbst angeführten *L.* 31. §. 2. *D. de negot. gest.* und *L.* 3. *pr. D. de administ. rer. ad civitat. pertinent.* erhellet, zwar Noten zu Papinians *libri Responsorum*, aber nicht *Quaestionum* geschrieben.

Testament destituirt worden ist. Denn während der heres scriptus deliberirte, war noch keine wahre hereditas vorhanden, sondern, wie Tryphoninus in der nachher noch anzuführenden *L.* 19. §. 5. *D. de castr. pec.* sagt, nur eine imago successionis. Daher konnte das Legat, was in dieser Zwischenzeit dem servus castrensis war hinterlassen worden, wegen der Ungewißheit, ob die Erbschaft werde angetreten werden, oder nicht, Niemand acquiriren, nicht der Vater, weil sein Eigenthum durch die imago successionis war unterbrochen worden, auch nicht der Erbe, weil durch die Ausschlagung der Erbschaft das Eigenthum, was in dieser Zwischenzeit der imago successionis war beygelegt worden, erloschen war, denn es war nur ein wiederrufliches. Das Legat konnte also nun erst, nachdem das Testament des Sohnes durch die von dem eingesetzten Erben geschehene Ausschlagung der Erbschaft destituirt worden war, dem Vater durch den Sclaven erworben werden, weil nun erst der Sclave wieder sein Eigenthum geworden war. Die Erwerbung konnte daher nicht retrotrahirt werden. Der Grund ist, weil in der Zwischenzeit das Eigenthum der castrensischen Sachen bey der imago hereditatis iacentis war, wäre nun angenommen worden, das Eigenthum hätte bey dem Vater nicht aufgehört, so würde dieses die Ungereimtheit herbeygeführt haben, daß das Eigenthum bey zweyen zu gleicher Zeit gewesen wäre. Allein Papinian fügt noch einen andern Grund hinzu. Wäre eine wahre hereditas iacens vorhanden, so wäre das Legat, welches dem Sclaven während der Deliberationszeit war hinterlassen worden, dem Peculium unwiederruflich zugewachsen, der Erbe möge die Erbschaft antreten oder ausschlagen. Allein die imago succes-

sionis, welche in der Zwischenzeit rechtlich angenommen wird, schafft nur ein interimistisches Eigenthum, welches in der Folge entweder bestätiget oder vernichtet wird, je nachdem der eingesetzte Erbe die Erbschaft nachher entweder angetreten, oder ausgeschlagen hat. Wenn nun also der Erbe die Erbschaft ausschlägt, und das Eigenthum des Vaters an dem peculium castrense des Sohnes wieder erwacht; so kann das Recht des Vaters an dem Legate nur erst jetzt in Betrachtung kommen, weil man annimmt, in der Zwischenzeit habe dem Vater durch den servus castrensis nichts erworben werden können. So ist nun diese Stelle Papinians ganz deutlich [49]:

L. 33. *pr. D. de acquir. rer. domin.* (XLI. 1.) Ulpianus *libro IV. Disputationum.* In eo, quod servo castrensi ante aditam hereditatem filiifamilias militis legatur, vel eo, quod stipulatur servus, tractatur apud Marcellum libro vicesimo, ex cuius persona vel stipulatio vires habeat, vel legatum? Et puto verius, quod et Scaevolae videtur, et ipse Marcellus tractat: si quidem adeatur hereditas, omnia ut *in hereditario servo:* si adita non sit, ut *in proprio patris* esse spectanda [50]; et si usus-

49) S. Cujacius c. l. und *de* Retes c. l. nr. 16. pag. 265.

50) Soll es nach diesem Gesetz, im Falle der Erbe die Erbschaft nicht angetreten hat, rücksichtlich dessen, was dem servus castrensis während der Zeit, da der eingesetzte Erbe deliberirte, vermacht worden ist, oder derselbe stipulirt hat, eben so, wie bey einem eigenen Sclaven des Vaters gehalten werden; so hat der Vater, wenn ihm nun das peculium castrense verbleibt, das Legat durch den servus castrensis acquirirt, als wenn er schon damals sein Eigenthum gewesen wäre. §. 3. *J. Per quas per-*

fructus fuerit huic servo relictus, modo patri videri delatum, modo heredi: nec a persona in personam creditur transisse.

L. 19. §. 5. *D. de castrensi peculio.* TRYPHONINUS *libro XVIII. Disputationum.* Quid autem, si testamentum fecerit filius, et non sit eius adita hereditas? *Non tam facile est dicere, continuatum patri post mortem filii rerum peculii dominium*: cum medium tempus, quo deliberant instituti heredes *imaginem successioni*[51]) praestiterit: alioquin, et si adita sit ab instituto hereditas filii, dicetur, a patre ad eum transisse proprietatem: quod absurdum est, si[52]) in pendenti, ut in aliis, et in hac

son. nobis acquir. §. 1. *J. de stipulat. servor.* Nach dieser Meinung wäre also die Acquisition zu retrotrahiren. Daher behauptet CUJACIUS in Comm. in libr. XXVII. Quaestion. Papiniani ad L. 14. D. de castr. pecul. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 707) dieselbe billige Rücksicht, welche Papinian *L.* 14. §. 1. *D. de castr. pec.* bey der acquisitio stipulationis et rei traditae per servum eintreten ließ, müsse auch beym legato servo castrensi relicto Statt finden, so daß der Vater das Vermächtniß nicht erst von der Zeit der ausgeschlagenen Erbschaft an, sondern gleich Anfangs erworben zu haben, angenommen werden müsse.

51) So liest die florentinische Ausgabe. Richtiger scheint aber die Leseart *successionis* zu seyn, welche Baudoza Cestius, Claudius Chevallonius und Beck haben. Haloander und Miräus lesen *successori*.

52) Mehrere Ausgaben lesen hier nisi, z. B. Baudoza, Haloander, Chevallonius, Miräus und Merlinus, und dieser Leseart giebt die Glosse den Vorzug. Eben so *Anton.* FABER Jurispr. Papinian. Tit. XI. Pr. IX. Il-

specie habeamus dominia, ut ex facto retro fuisse, aut non fuisse patris credamus. Secundum quod difficile erit expedire, si, dum deliberant heredes, dies cesserit legati servo dati istius peculii testamento eius, ex quo pater nihil capere potuisset: an id ad ipsum pertineat, cum utique ad heredem filii pertineret: facilior tamen de libertate servi deliberatio est in specie, in qua intestatus filius decessisse proponitur. Non est ergo ratio respondendi, competere libertatem eo tempore datam, quo non fuit in dominio patris. Favorabilem tamen sententiam contrariam in utroque casu non negamus [53]).

lat. 5. *Greg.* Majansius Diss. cit. de peculio castrensi. §. 35. pag. 285. und Pothier Pand. Justinian. Tom. III. Lib. XLIX. Tit. 17. Nr. XIII. not. e. pag. 589. Allein man sehe dagegen *de* Retes Opusculor. Lib. V. Cap. 7. nr. 9. pag. 263.

53) Tryphoninus scheint hier die erste Frage nicht entschieden zu haben, nämlich wenn einem servus castrensis in der Zwischenzeit, da der eingesetzte Erbe deliberirt, ein Vermächtniß von einem solchen hinterlassen worden ist, aus dessen Testamente der Vater das Legat nicht hätte acquiriren können, und der Erbe des verstorbenen Sohnes, der das Legat hätte acquiriren können, die Erbschaft ausschlägt, ob nun der Vater den Sklaven mit dem peculio castrensi erwerbe, welches jetzt an ihn zurückfällt? Cujacius in Comm. in Libr. XXVII. Quaest. Papin. ad L. 14. D. de castr. pec. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 707.) entscheidet diese Frage bejahend, weil der Vater zu der Zeit, da das Legat dem Sclaven anfiel, im rechtlichen Sinne noch nicht als Herr des Sclavens konnte angesehen werden. Es lasse sich daher auch nicht annehmen, diem legati inutiliter cessisse. Dieß ist auch richtig. Denn das Vermächtniß accrescirte während der Deliberationszeit dem Peculium,

L. 9. in med. D. eod. tit. Ulpianus *libro IV. Disputationum.* — Quibus ita praemissis, et in proposito dicebam, cum heres non adiit hereditatem, *retro peculium patris bonis accessisse:* unde posse dici, etiam aucta patris bona per hanc repudiationem.

Ulpian und Tryphonin stimmen also darin mit einander überein, daß wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft ausschlägt, das peculium castrense wieder an

tanquam imagini hereditatis iacentis, wie Tryphonin sagt. Das peculium castrense instar hereditatis quasi iacens repräsentirte also den verstorbenen Sohn, als wenn dieser noch Eigenthümer wäre, und welcher des Legats nicht unfähig war. Schlägt nun nachher der Erbe die Erbschaft aus, so fällt das Legat mit dem peculio castrensi an den Vater. Tryphonin ging zwar gleich, ohne Entscheidung dieser Frage, auf eine andere Frage über, nämlich ob auch der servus hereditarius die Freyheit erwerbe, wenn sie ihm vom Vater zu einer solchen Zeit gegeben wurde, wo der Sclave nicht in seinem Eigenthume war. Nach dem strengen Rechte würde der Sclave die Freyheit eben so wenig erworben haben, als der Vater das dem Sclaven hinterlassene Legat, wenn man denselben schon während der Deliberationszeit des eingesetzten Erben für ein Eigenthum des Vaters hätte halten wollen. Allein Tryphonin hat nachher in den Worten: *Favorabilem tamen sententiam contrariam in utroque casu non negamus*, beyde Fälle für den Vater entschieden. S. *de* Retes c. l. nr. 18. pag. 265. *Athanas.* Otryza *et* Olano Paralipomen. et Elector. iuris civ. Lib. III. Cap. 12. nr. 31—34. (in *Thes. Meerman.* Tom. I. pag. 588. sq.) und Pothier Pand. Justinian. Tom. III. Lib. XLIX. Tit. 17. Nr. XIII. not. e. g. h. pag. 589.

den Vater zurückfalle, als wenn es nie aufgehört hätte, sein Eigenthum zu seyn.

Dieses alte ius peculii des Vaters ist jedoch im neuern Rechte sowohl in Ansehung des peculii castrensis als quasi castrensis aufgehoben worden, nach welchem dieses peculium nun, wie das übrige Vermögen eines während der väterlichen Gewalt gestorbenen Kindes, iure communi vererbt wird [54]).

Ausser dem peculium militare, es sey von dem filiusfamilias in castris oder quasi in castris erworben, giebt es kein peculium, worüber der filiusfamilias testiren könnte. Justinian sagt *pr. J. Quibus non est permiss. fac. testam.* ausdrücklich:

Praeter hos igitur, qui castrense peculium vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfamilias testamentum fecerit, inutile est, licet suae potestatis factus decesserit.

In Ansehung des castrensis peculii bemerkt jedoch Justinian [55]) noch insonderheit, daß Anfangs der Kai-

54) S. meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge §. 80. der 2. Aufl. und den 2. Th. des Commentars §. 136. S. 255. der 2. Ausg. Vergl. auch Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. Bd. 2. Abth. §. 187. a. E. und §. 188. S. 691.

55) *Pr. J. cit.* Quod quidem ius ab initio tantum *militantibus* datum est, tam auctoritate divi Augusti, quam Nervae, nec non optimi Imperatoris Trajani; postea vero subscriptione divi Hadriani et dimissis honeste a militia, id est, veteranis, concessum est. Itaque si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem heredem reliquerint. Si

ser **Augustus**, dann **Nerva**, und auch **Trajan** nur solchen Söhnen das Recht ertheilt hätten, über dieses

vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum iure communi pertinebit. Ex hoc intelligere possumus, quod in castris adquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem posse adimere, neque patris creditores id vendere, vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse, sed proprium eius esse, qui id in castris adquisierit, quamquam iure civili omnium, qui in parentum sunt potestate, peculia perinde in bonis parentum computantur, ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur: exceptis videlicet iis, quae ex sacris constitutionibus, et praecipue nostris propter diversas causas non adquiruntur. Dabey bemerke ich nur, daß ULPIAN. *Fragm. Tit. XX.* §. 10. in Ansehung des Geschichtlichen von **Justinian** hier abweicht, wenn er sagt: *Sed Divus* AUGUSTUS MARCUS *constituit, ut filius familiae miles de eo peculio, quod in castris adquisivit, testamentum facere possit.* Um den **Ulpian** mit **Justinian** zu vereinigen, wollen einige mit **Cujaz** das Wort *Marcus* als ein unnützes Glossem wegstreichen, wie z. B. *Ant.* SCHULTING ad *Ulpianum* not. 34. in Jurispr. vet. Antejust. pag. 630. *Ev.* OTTO Comm. ad pr. J. Quib. non est permiss. fac. test. pag. 257. und *de* RETES Opusculor. Lib. V. Cap. 3. nr. 18. in fin. Andere, wie *Marc. Aurel.* GALVANUS de Usufructu. Cap. IX. nr. 6. lesen *Magnus* statt Marcus. Allein dagegen hat schon SCHULTING l. c. erinnert, daß Kr. **Augustus** nie, wohl aber ANTONINUS CARACALLA von den Römischen Rechtsgelehrten mit dem Beynamen MAGNUS bezeichnet werde. *Corn. Valer.* VONCK in Observation. miscellan. (*Traj. ad Rhen.* 1744. 8.) Cap. XVIII. pag. 95. verwandelt *Marcus* in *Imperator. Jo.* CANNEGIETER ad Ulpiani fragmenta pag. 86. hingegen in *militibus.* Nur *H. G. van*

Peculium ein Testament zu machen, welche wirklich noch als Soldaten dienen, nachher aber sey es auch durch ein Rescript des Divus Hadrianus denen verstattet worden, welche mit Ehre vom Kriegsdienst entlassen worden sind, das ist, den Veteranen [56]. Wenn sie daher über ihr castrensisches Vermögen testirt haben, so werde es der eingesetzte Erbe erhalten. Sind sie aber ohne Testament gestorben, so werde es nun nach dem neuern Rechte nur dann an den Vater kommen, wenn sie keine Kinder hinterlassen haben, und auch keine Brüder da sind, und so werde also jetzt die gemeine Erbfolge eintreten [57]. Hieraus lasse sich erkennen, sagt

Vryhoff Observation. iuris civ. (*Amstelaed.* 1747. 8.) Cap. XXXI. pag. 157. dem auch *J. L. E.* Püttmann Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 12. und Kämmerer in den Beyträgen. S. 98. ff. gefolgt sind, ändert nichts, sondern meint, Ulpian schreibe das ius testandi de castrensi peculio, wenn es gleich schon vorher von den Kaisern August, Nerva, und Trajan war eingeführt worden, allein dem Kaiser Marcus zu, weil derselbe dieses Recht durch eine Constitution aufs neue bestätiget habe. Denn nicht selten hätten die Röm. Juristen Rechte solchen Kaisern zugeeignet, von denen sie nicht zuerst eingeführt, sondern nur erneuert worden sind. Allein man s. Zimmern Gesch. des Röm. Pr. Rechts 1. B. §. 187. Not. 5.

56) Soldaten, welche einen schimpflichen Abschied erhalten haben, (qui *ignominiae causa* missi sunt) haben das Recht, über ihr castrense peculium zu testiren, verloren. Denn es ist den Soldaten praemii loco ertheilt, wie Macer *L.* 26. *D. de testam. milit.* sagt.

57) *L.* 3. *L.* 4. *Cod. de bonis, quae liberis.* (VI. 60.) *L. ult. C. Communia de successión.* (VI. 58.) enthalten das ius commune, wovon Justinian hier spricht. Dieß hat aber Justinian in der *Nov.* 118. Kap. 2. wieder abgeändert, nach welcher beyde Eltern mit den vollbürtigen

Justinian weiter, daß das Vermögen, was ein Soldat, der noch in väterlicher Gewalt ist, im Kriegsdienst erworben hat, demselben weder von dem Vater selbst genommen, noch von den Gläubigern des Vaters verkauft, oder sonst in Beschlag genommen werden könne, er es auch nach des Vaters Tode nicht mit seinen Brüdern zu theilen brauche [58]), sondern ganz das Eigenthum des Sohnes bleibe, der es im Kriegsdienste erworben hat, wenn gleich nach dem Civilrechte die Peculien Aller, die noch unter der väterlichen Gewalt stehen, eben so zu dem Vermögen der Väter gerechnet werden, als die Peculien der Sclaven zu dem Vermögen der Herren gezählt werden, jedoch mit Ausnahme desjenigen Vermögens der Kinder, was nach den Constitutionen der Kaiser, besonders nach seinen, den eigenen Verordnungen des Kaisers Justinian, aus verschiedenen Ursachen der Vater nicht erwirbt.

Justinian unterscheidet daher *L. 37. pr. Cod. de inoff. testam.* (III. 28.) bey Gelegenheit der Testamente eines filiusfamilias drey Arten von Peculien, das

Geschwistern des Sohnes in sein Vermögen zu gleichen Theilen ab intestato succediren. S. Vinnii Comment. ad pr. J. Qui testam. fac. poss.

58) Hierin setzt Theophilus in Paraphr. gr. Instit. ad princ. tit. Qui testam. fac. poss. einen Unterschied zwischen dem paganum und castrense peculium, daß das erste, sofern es nämlich vom Vater herrührt, den Kindern gemeinschaftlich sey, (τὸ μὲν παγανικὸν, κοινὸν ἔσται τῶν ἀδελφῶν) das *castrense* aber dem allein gehöre, der es erworben hat, τὸ δὲ καστρένσιον μόνου τοῦ κτησαμένου.

paganum, worunter denn nun auch das peculium adventitium [59]) begriffen ist, das castrense, und ein mittleres zwischen beyden, quod medietatem inter utrumque obtinet, welches quasi castrense genennet werde. So viel das letztere betrifft; so war vor Justinian noch nicht allen filiisfamilias, welche eine Staatsbedienung bekleideten, das Recht zu testiren gestattet, sondern nur gewissen Beamten, z. B. den Consuln, Legaten, und Präsides der Provinzen, also solchen Söhnen, welche hohe Staatsbedienungen bekleideten. Justinian aber hat dieses Recht auf alle Söhne ausgedehnt, die ein peculium quasi castrense im Staatsdienst erworben haben [60]). Das sogenannte peculium adventitium steht nun zwar in so fern dem castrense peculium gleich, daß es ein ausschließliches Eigenthum des Kindes ist, welches ein solches Vermögen erworben hat, folglich der Vater es dem Kinde weder selbst nehmen kann, noch die Gläubiger desselben daran Ansprüche machen dürfen, dasselbe auch nach dem Tode des Vaters keiner Theilung mit den übrigen Geschwistern unterworfen ist [61]). Dieß

59) S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. Band. 2. Abth. §. 189. und §. 190. Hugo civilist. Magazin. 6. Bandes 1. Heft. Nr. IV. S. 75—86. und besonders Unterholzner in der Tübinger kritischen Zeitschrift für Rechtswiss. 5. Bd. S. 204—210.

60) *L. ult. C. Qui testam. fac. poss. L.* 37. *C. de inoff. test.* §. *ult. J. de militari testam.* (II. 11.) *L.* 3. §. 5. *D. de bonor. possess.* (XXXVII. 1.) *L.* 7. §. *ult. D. de donation.* (XXXIX. 5.) *L.* 1. §. 6. *D. ad SCt. Trebell.* (XXXVI. 1.) S. Zimmern Gesch. §. 188.

61) *L. ult. C. de collation.* (VI. 20.) *L.* 6. *C. de bonis, quae liber.* (VI. 61.)

wollte auch wohl nur Theophilus[62]) sagen, welcher gleichwohl von mehreren[63]) mißverstanden worden ist, wenn es bey ihm heißt: Τὰ δὲ εἰρημένα περὶ τῶν καστρενσίων νόει καὶ ἐπ' ἐκείνων τῶν μὴ προσποριζομένων τῷ πατρὶ ἐκ τῶν διατάξεων κατὰ διαφόρους αἰτίας. i. e. *Quae vero de castrensibus* sc. bonis *dicta sunt, intellige etiam de his, quae patri non adquiruntur ex constitutionibus propter varias causas.* Allein bis zum Rechte, darüber zu testiren, ist es nie gekommen. Justinian erklärt vielmehr ein jedes Testament, welches ein filiusfamilias über ein anderes peculium, als das castrense oder quasi castrense, errichtet hat, für null und nichtig, wie aus der oben angeführten Stelle der Institutionen erhellet. Dieß hat nun auch Theophilus treu wiedergegeben, wenn er sagt: δίχα τοίνυν τοῦ ἔχοντος καστρένσιον ἢ κουάσι καστρένσιον πεκούλιον, ἐάν τις ὑπεξούσιος ὢν διατίθεται, ἄχρηστος ἡ τούτου διαθήκη, zum deutlichen Beweise, daß in den vorher angeführten Worten von der Testamentifaction gar nicht die Rede war. Zwar hätte Justinian durch seine Constitution, *L. ult.* §. 5. *C. de bonis, quae liberis* (VI. 61.):

Filiis autem familias *in his duntaxat casibus,*

62) *Paraphr. Gr. ad pr. J. II.* 12. Tom. I. pag. 360. sq. edit. *Reitz.*

63) Z. B. *Eguin.* Baro in Comm. ad pr. J. Quib. non est permiss. fac. testam. und *Car.* Witte in Disput. de luctuosis hereditatibus. (*Uratislav.* 1824.) pag. 9. Allein man sehe die Anmerkung des Fabrotus ad *Theophili* c. 1. bey *Reitz.* pag. 361. not. r. und Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 305. not. 1. pag. 161. edit. sec.

in quibus ususfructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus testari permittimus, nec citra voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, ulla licentia eis concedenda, dominium rei ad eos pertinentis alienare, vel hypothecae titulo dare, vel pignori adsignare;

beynahe zu dem Mißverstande Anlaß gegeben, als ob einem filiusfamilias alsdann über das adventitium peculium zu testiren gestattet sey, wenn dem Vater daran der Nießbrauch nicht zusteht. Allein Justinian säumte nicht diesen Mißverstand durch eine Constitution vom Jahre 531. zu beseitigen. Es ist die *L.* 11. *Cod. Qui testamenta fac. poss.* welche folgendermassen lautet:

Nemo ex lege, quam nuper promulgavimus, in rebus, quae parentibus acquiri non possunt, existimet aliquid esse innovandum, *aut permissum esse filiisfamilias cuiuscunque gradus vel sexus testamenta facere:* sive sine patris consensu bona possideant secundum nostrae legis distinctionem, sive cum eorum voluntate. *Nullo etenim modo hoc eis permittimus: sed antiqua lex per omnia conservetur*, *quae filiisfamilias*, *nisi in certis casibus*, *testamenta facere nullo modo concedit*, *et in his personis*, *quae huiusmodi facultatem habere iam concessae sunt.*

Nach diesem Gesetz ist es nun also ganz entschieden, daß ein filiusfamilias auch über dasjenige peculium gültig nicht testiren könne, welches von den Neuern als adventitium extraordinarium oder irregulare bezeichnet zu werden pflegt, und es ist gar keinem Zweifel

unterworfen, daß sich diese Constitution auf die vorige *L. ult.* §. 5. *C. de bonis, quae liber.* beziehe, und als eine authentische Erklärung derselben anzusehen sey. Es ist daher auch ganz unrichtig, wenn Viglius Zuichemus [64]) diese *L. ult.* von dem castrensi und quasi castrensi peculio darum verstehen will, weil zu der Zeit, da diese Constitution gegeben worden, es, ausser dem militärischen Peculium, nur einen Fall gegeben habe, wo dem Vater nicht der Nießbrauch zustand, nämlich wenn der Sohn gegen den Willen des Vaters eine ihm angefallene Erbschaft antrat [65]). Denn daß es schon im Pandectenrechte solcher Fälle genug gegeben habe, wo der Vater an dem sogenannten peculium adventitium keine Rechte hatte, sollte doch wohl diesem großen Rechtsgelehrten nicht unbekannt gewesen seyn [66]).

Trotz jener deutlichen Entscheidung des Kaisers Justinian, fehlt es doch nicht an sehr angesehenen Rechtsgelehrten [67]), welche der Meinung sind, daß Justi-

64) Comment. in decem titt. Institut. ad Tit. Quibus non est permiss. fac. test. nr. 16. pag. 67. (*Basiliae* 1534. f.)

65) *L.* 8. §. 1. *Cod. de bonis, quae liber.*

66) *L.* 50. mit *L.* 16. §. 11. *D. ad SCtum Trebell.* (XXXV. 1.) *L.* 52. *pr. D. de acqu. vel omitt. hered.* (XXIX. 2.) *L.* 3. §. 7. *fin. D. de minorib.* (IV. 4.) S. Zimmern Gesch. des Röm. Priv. R. 1. B. 2. Abth. §. 189. und den 14. Th. dieses Commentars. §. 910.

67) *Marc.* Lycklama *a* Nyholt Membranar. Vol. II. Lib. VII. Ecclog. 53. pag. 366. sqq. (*Jenae* 1624. 8.) *Jo.* Vaudus Variar. Quaestion. iuris civ. Lib. I. Qu. 1. (*Hanoviae* 1607. 12.) *Helf. Ulr.* Hunnius Variar. Resolution. iuris civ. Lib. II. Tract. V. Quaest. 10. pag. 464.

nian den filiisfamilias das Recht zu testiren, was ihnen noch in den Verordnungen des Codex so nachdrücklich abgesprochen worden, durch die Novelle 117. Kap. 1. über das peculium adventitium irregulare gestattet habe. Denn diese Novelle erlaube den Personen, die noch in väterlicher Gewalt sind, über das Vermögen, welches ihnen auf eine solche Art hinterlassen oder geschenkt worden ist, daß der Vater daran weder den Nießbrauch noch sonst ein Recht haben solle, sofern sie das gehörige Alter haben, auf welche Art sie wollen, zu verfügen. Dieß sey nun nicht blos auf Handlungen unter Lebenden zu beschränken, 1) weil die allgemeine Fassung des Textes dagegen streite, 2) weil über die Zuläßigkeit der Verfügung unter Lebenden nie ein Zweifel entstanden sey, indem dieses aus der Natur eines vollkommenen und uneingeschränkten Eigenthums schon von selbst folge, und überdem von Justinian schon *L. 7. et 8. Cod. de bonis, quae liberis* bestimmt worden sey. Daß aber Justinian über eine unzweifelhafte Sache eine Verordnung sollte erlassen, oder ohne Grund zweymal das Nämliche sollte verordnet haben, sey gar nicht zu glauben. Hierzu komme, daß Justinian wirklich die Absicht gehabt habe, etwas Neues zu verordnen, und in der Novelle 117. eine Frage zu entscheiden, welche in den früheren Constitutionen nicht entschieden war. Dieß erhelle aus der Präfation, und Justinian habe dieses auch durch das Wort *Sancimus* angedeutet. Diese Frage könne also jetzt nicht mehr die Disposition unter den Lebenden betreffen, son-

(*Francof.* et *Marburgi* 1670. 4.) *Christ.* Rau Historia iuris civ. de peculiis. (*Lipsiae* 1770. 4.) §. X. pag. 42—44. u. a.

dern die testamentarische. Das Neue, was Justinian in der Novelle 117. Kap. 1. verordnet habe, bestehe also hauptsächlich darin, daß er die Verordnungen im Coder, wodurch den Kindern noch keine unumschränkte Gewalt über ihre bona adventitia extraordinaria zu verfügen, sey eingeräumt worden, durch die Nov. 117. abgeändert, und ihnen darüber das volle Dispositionsrecht ertheilt habe. Denn wohl zu erwägen seyen die Worte: καϑ' ὃν βούλονται τρόπον διοικεῖν. In diesen Worten sey den Personen, die noch in väterlicher Gewalt sind, die ausgedehnteste Macht über die bona adventitia extraordinaria sowohl unter den Lebenden, als auf den Todesfall zu verfügen, ertheilt, und die Grenzen des Rechts erweitert worden, welches dieselben an diesem Vermögen hatten. Zwar wollten die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung einwenden, das griechische Wort διοικεῖν habe die ausgedehnte Bedeutung nicht, daß es auch die Testamentifaction unter sich begreiffe, sondern es bezeichne in seiner eigentlichen Bedeutung nur das Verfügen unter Lebenden. Allein wenn sich gleich bey den alten griechischen Schriftstellern jene weite Bedeutung dieses Worts vielleicht nicht finde; so sey ja bekannt, daß zu Justinians Zeiten die griechische Sprache von ihrer alten Reinheit sehr herabgesunken sey. Justinian hätte wenigstens zu seinen Zeiten keinen bessern und schicklichern Ausdruck finden können, um die den filiisfamilias ertheilte unumschränkte Macht, über ihre bona adventitia extraordinaria auf alle mögliche Art sowohl inter vivos als mortis causa zu verfügen, anzudeuten, als das Wort διοικεῖν. Daß aber das Wort in dieser weiten Bedeutung hier zu nehmen sey, erfordere schon der Begriff eines vollen

und uneingeschränkten Eigenthums, denn dieses begreiffe auch ein vollkommenes Dispositionsrecht in sich, also nicht blos eine unumschränkte Gewalt über das Vermögen unter den Lebenden zu verfügen, sondern auch das Recht darüber zu testiren. Nun setze man zwar, um die eingeschränktere Bedeutung von *διοικεῖν* zu begründen, in welcher dieses Wort blos ein Verwalten unter Lebenden bezeichne, noch die Worte entgegen: *εἰ μὲν τελείας εἰσὶν ἡλικίας*. Hier sey davon die Rede, wenn der Sohn die Großjährigkeit erreicht hat. Zur Testamentifaction aber sey schon ein Alter von vierzehen Jahren hinreichend. Es könne also von einem *διατίθεσθαι, testari*, gar nicht die Rede seyn. Allein man hält auch diesen Grund für unbedeutend. Denn da der Kaiser hier von der Verwaltung der bonorum adventitiorum irregularium überhaupt handelt, so habe er doch bestimmen müssen, was für ein Recht in Ansehung derselben Statt finden solle, je nachdem die unter der väterlichen Gewalt stehenden Personen, denen diese Güter gehören, entweder schon großjährig, oder noch minderjährig sind.

Um diese Meinung gründlich zu prüfen, ist es nöthig, die Worte der *Nov. CXVII. Cap.* 1. selbst vor Augen zu stellen. Sie lauten folgendermassen:

Θεσπιζομεν τοίνυν ἄδειαν εἶναι καὶ μητρὶ καὶ μάμμῃ καὶ τοῖς ἄλλοις γονεῦσι, μετὰ τὸ καταλιπεῖν τοῖς παισὶ τὸ ἐκ τῶν νόμων ὀφειλόμενον μέρος, τὸ ὑπόλοιπον τῆς αὐτῶν περιουσίας, εἴτε εἰς ὁλόκληρον βουληθεῖεν, εἴτε ἐκ μέρους, τῷ υἱῷ ἢ τῇ θυγατρὶ, ἢ ἐγγόνῳ ἢ ἐγγόνῃ, ἢ τοῖς ἐφεξῆς κατιοῦσι δωρεῖσθαι, ἢ καὶ διὰ τελευταίας βουλήσεως καταλιμπάνειν· ἐπὶ τοι-

οὕτῳ ὅρῳ τὲ καὶ αἱρέσει, εἴγε βουληθεῖεν, ὥστε τὸν πατέρα ἢ τὸν ὅλως ἔχοντα τούτους ὑπεξουσίους, ἐν τούτοις τοῖς πράγμασι μηδὲ usumfructum, μηδὲ τὴν οἱανοῦν παντελῶς μετουσίαν ἔχειν. ταῦτα γὰρ δὴ καὶ ἐξωτικοῖς ἠδύναντο καταλιμπάνειν, ὅθεν οὐδεμία τοῖς γονεῦσιν ὠφέλεια προσεγίνετο. τοῦτο δὲ οὐ μόνον τοῖς γονεῦσιν, ἀλλὰ παντὶ προσώπῳ ἐξεῖναι παρακελευόμεθα.

Hombergk. *Sancimus igitur, ut matri, et aviae, reliquisque parentibus, ubi liberis portionem legibus debitam reliquerunt, reliquam ipsorum substantiam, sive solidum, sive partem voluerint, filio, vel filiae, vel nepoti, vel nepti, vel reliquis descendentibus donare, vel etiam ultima voluntate relinquere liceat: hac lege et conditione, ut, si velint, pater, vel quicunque eos in potestate habet, in his rebus neque usumfructum, nec ullam plane partem habeat. Haec enim extraneis etiam relinquere poterant, unde nulla inde ad parentes utilitas pervenisset. Jubemus autem, ut hoc non solum parentibus, sed omni etiam personae liceat.*

Es ist nicht zu läugnen, daß Justinian hier etwas Neues verordnet, und eine Frage entschieden habe, die in seinen früheren Verordnungen nicht entschieden ist, nämlich ob die Mutter oder mütterliche Großeltern ihren Kindern, oder Enkeln, ausser dem ihnen gebührenden Pflichttheile, ihr übriges Vermögen ganz oder zum Theil mit der Bedingung schenken oder hinterlassen können, daß der Vater, oder in wessen Gewalt sie sich sonst befinden, weder den Nießbrauch noch sonst einen Theil

daran haben solle[68])? Diese Frage entscheidet der Kaiser bejahend. Von einer Testamentifaction der Kinder, denen diese Güter geschenkt oder hinterlassen worden sind, ist aber hier gar keine Rede. Aber auch eben so wenig in den folgenden Worten:

§. α΄; Τὰ δὲ πράγματα τὰ οὕτω καταλιμπανόμενα ἢ δωρούμενα τοῖς ὑπεξουσίοις προσώποις, εἰ μὲν τελείας εἰσὶν ἡλικίας, κἂν ὑπεξούσιοι ὦσιν, ἄδειαν ἐχέτωσαν καθ᾽ ὃν βούλονται τρόπον διοικεῖν· εἰ δὲ τὴν ἡλικίαν ὦσιν ἀτελεῖς, δὶ οὗπερ ἂν συνίδοι ὁ testator ἢ ὁ δωρούμενος αὐτὰ διοικεῖσθαι, μέχρις ὅταν ἐκεῖνοι οἷς ἐδωρήθη ἢ κατελείφθη, εἰς τελείαν ἔλθωσιν ἡλικίαν, ἄδειαν ἔχοντος τοῦ διατιθεμένου ἢ δωρουμένου, καὶ τῇ μητρὶ καὶ τῇ μάμμῃ τούτων οἷς τὰ πράγματα παρεσχέθη, τὴν τῶν αὐτῶν πραγμάτον, εἰ βούλοντο, διοίκησιν καταπιστεῦσαι· κἂν συνοικῶσιν ἀνδράσιν αἱ εἰρημέναι γυναῖκες· οὕτω μέντοι εἴπερ καὶ αὐταὶ τὴν τοιαύτην διοίκησιν καταδέχεσθαι.

Hombergk. *Eas vero res, quae personis sub potestate constitutis ita relictae vel donatae sunt, si quidem perfectae aetatis sint, licet sub potestate constituti, quo velint modo, administrandi facultatem habeant. Si vero imperfectae aetatis sint, ab eo administrentur, qui testatori vel donatori placuerit, donec illi, quibus donatum vel relictum est, ad perfectam aetatem veniant: licentiam habente testatore vel donatore earum administrationem matri, et aviae eorum, in quos res collatae sunt, si velint, credere, quamvis*

68) S. den 7. Th. des Commentars. §. 546. S. 82. ff.

dictae mulieres maritos habeant: ita tamen si illae administrationem suscipere velint,

Justinian bestimmt hier blos, wie es mit der Verwaltung solcher adventizischen Güter, woran dem Vater der Ususfructus nicht zusteht, gehalten werden solle, und sagt, wenn der Sohn die Volljährigkeit erreicht hat, so könne er sie selbst, nach seinem Gefallen, verwalten. Nun werden die hier gebrauchten Ausdrücke διοικεῖν, und διοίκησις sowohl von den alten griechischen Schriftstellern, als von den Neugriechen nie in einer andern Bedeutung genommen, als von einer Verwaltung oder Besorgung von Geschäften unter Lebenden, sie mögen die Staatsverwaltung, oder das Privatvermögen des Bürgers betreffen, von letztwilligen Verfügungen werden sie nie gebraucht[69]. Daß aber diese

69) Z. B. διοικεῖν τὴν πόλιν, *rempublicam administrare.* Xenophon *de Vectigalib.* Cap. IV. nr. 40. τὸν ἑαυτῶν οἶκον διοικεῖν, *rem suam familiarem administrare.* Xenophon *Oeconom.* Cap. XI. nr. 10. διοικεῖν τὰ προσηκοντα, *administrare ea, quae nobis incumbunt.* Xenophon *ibid.* VII. 4. διοικεῖν τὰ ὄντα, *administrare res suas.* Xenophon ibid. VIII. 10. διοικεῖν, *regnare, gubernare.* Isocrates προς Νικοκλεα. pag. 19. (*Opp.* a Langio *editor. Halae* 1803. 8.) διοικεῖν, *curare et administare.* Isocrates Πανηγυρικος pag. 62. edit. *Lang.* τὸν οὐρανὸν διοικεῖν, *coelum gubernare.* Plato. *Legg.* X. nr. 896. et nr. 905. (*Opp.* Tom. VII. pag. 262. et 286. edit. *Ast. Lipsiae* 1824. 8.) τὰ ἴδια διοικεῖν, *res suas administrare.* Harmenopulus Προχειρ. νομων. Lib. I. Tit. 12. §. 33. (in *Th. Meerm. Supplem.* pag. 76.) διοίκησις, *administratio.* Xenophon *Histor. Graec.* Lib. VI. Cap. 1. nr. 2. διοίκησις χρημάτων, *administratio redituum publicorum.* Xe-

Ausdrücke hier in keiner andern Bedeutung genommen worden sind, erhellet schon daraus ganz deutlich, weil theils zur eigenen Verwaltung Kinder vorausgesetzt werden, welche die Großjährigkeit erreicht haben, die doch zur Testamentifaction nicht erfordert wird, theils weil ja gleich nachher gesagt wird, daß wenn die Kinder noch minderjährig sind, diese Adventizien von dem verwaltet werden sollen, welcher von dem Testator oder Donator dazu bestellt worden ist. Von einer Testamentifaction ist also hier gar keine Rede, und konnte auch keine Rede seyn, noch weniger von einer Abänderung des ältern Rechts. Wer sollte auch glauben, daß Justinian das ältere Recht, was er wenige Jahre vorher durch die *L.* 11. *C. Qui testam. fac. poss.* erst mit allem Nachdruck erneuert, und gegen alle Mißdeutung zu sichern gesucht hatte, ohne alle Erwähnung desselben, und ohne Anführung irgend eines Grundes, sollte aufgehoben, und den filiisfamilias eine Befugniß jetzt auf einmal sollte eingeräumt haben, welche er ihnen in seinen kurz vorhergegangenen Constitutionen so nachdrücklich versagt, und das ältere Recht zu beobachten so ernstlich befohlen hatte? Man müßte ja Justinians Maxime nicht kennen, der, wie schon längst Arn. Vin-

nophon *Memorab. Socratis.* Lib. IV. Cap. 6. nr. 14. ἡ περὶ διοικήσεως ἀγωγή, *negotiorum gestorum actio.* Harmenopulus Lib. II. Tit. 3. §. 5. Passow Griech. Handwörterbuch voc. διοικέω, führt zwar die Bedeutung von verwalten, besorgen, wirthschaften, einrichten, leiten und regieren an, ohne sie jedoch nur mit einer einzigen Stelle unterstützt zu haben. Man sehe vielmehr *Frid.* Ast Annotation. in Phaedrum, in Platonis *Oper.* Tom. X. pag. 393. C. voc. διοικεῖν. und *Guil. Ott.* Reitzii Glossar. Theophilin. voc. διοικητης.

nius[70]), Abrah. Wieling[71]), und mehrere andere[72]) bemerkt haben, nie etwas vom alten Rechte abzuändern pflegte, ohne dasselbe ausdrücklich zu erwähnen, und das dagegen eingeführte neue Recht zu empfehlen. Man täuscht sich, wenn man sagt, Justinian habe hier gerade einen solchen Ausdruck gewählt, der alle Arten der Verfügung sowohl unter den Lebenden als von Todes wegen in sich schließe. Dann hätte gewiß das Wort διοικεῖν am wenigsten gepaßt. Hier hätten ihm wohl andere Ausdrücke zu Gebote gestanden z. B. διατυποῦν, διατάττειν, διατιθέναι, *disponere, ordinare*. Dieß sind Ausdrücke, welche sowohl von letztwilligen Verordnungen, als Verfügungen unter Lebenden gebraucht werden[73]). Hierzu kommt noch, daß nicht nur die Basiliken[74]) gerade die entscheidende Verordnung des Kaisers Justinian, die *L.* 11. *C. Qui testam. fac. poss.*, nebst der Novelle 117. enthalten, in welche doch bekanntlich keine antiquirten Gesetze aufgenommen worden sind; sondern auch der griechische Rechtslehrer Constantinus Harmenopu-

70) Select. iuris Quaest. Lib. II. Cap. 20. circ. med. p. 201. (*Franequerae* 1690. 4.)

71) Lection. iuris civ. Lib. II. Cap. 31. pag. 254. (*Trajecti ad Rhen.* 1740.)

72) S. *Jos. Lud. Ern.* Püttmann Diss. de querela inoff. testamenti fratribus uterinis haud conced. *Lipsiae* 1761. Cap. II. §. 2. und meine Opusc. iurid. Fasc. I. p. 111. sq.

73) S. Theophili *Paraphr. Gr.* Lib. I. Tit 6. §. 7. und Lib. II. Tit. 12. pr.

74) Lib. XXXV. Tit. 3. Const. 11. et Schol. a. Tom. IV. *Fabroti* pag. 779. und Lib. XLI. Tit. 5. Const. 3. Tom. V. pag. 492.

lus [75]), welcher, wie er in seiner Präfation sagt, blos das geltende Recht gelehrt hat, noch den Satz aufstellt, ein filiusfamilias könne zwar über das peculium castrense und quasi castrense, aber über das paganicum auf keine Weise testiren. Mögen also auch dem Haussohne an dem peculio adventitio irregulari noch so viel Rechte zustehen, so ist doch nirgends der Satz ausgesprochen, daß er in Ansehung derselben eben so, wie in Ansehung des castrensis oder quasi castrensis peculii, als paterfamilias anzusehen sey. Es sind auch wirklich die Gründe des Erwerbs von solchen adventizischen Gütern viel zu sehr verschieden von denen eines castrensis und quasi castrensis peculii, als daß man auch mit jenen die Rechte eines patrisfamilias hätte verbinden mögen. Denn jene Gründe sind bloße Privatgründe. Allein der Grund, warum die Gesetzgebung diese Rechte an das peculium castrense und quasi castrense knüpfte, ist Belohnung des filiusfamilias für die dem Staate geleisteten Dienste. Mit Recht konnte daher Ulpian auch noch zu seiner Zeit sagen: Filius familiae nihil *suum* habet, ut testari de eo possit, obwohl es schon damals Fälle gab, wo der Haussohn ein Vermögen besitzen konnte, an welchem der Vater keine Rechte hatte [76]). Denn um ein solches Suum zu haben, daß man darüber testiren konnte, gehörte nicht blos ein eigenes freies Vermögen, sondern auch ein eignes Familienrecht. Dieses erlangten die Kinder in der Regel erst durch den Tod des Vaters. Cum pa-

75) Πρoχειρον νομων. Lib. V. Tit. 2. §. 6.

76) S. die Note 66.

terfamilias moritur, sagt Ulpian[77]), quotquot capita ei subiecta fuerunt, *singulas familias incipiunt habere;* singuli enim *patrum familiarum* nomen subeunt. So lange also der Vater lebte, waren die Kinder zwar Mitglieder der Familie, allein ein eigenes Familienrecht hatten sie nicht, und da alles im väterlichem Hause befindliche Besitzthum dem Hausvater gehörte, *pater* enim *familias* appellatur, sagt Ulpian, qui in domo dominium habet; so machte das Vermögen der Kinder, selbst das peculium castrense nicht ausgenommen, blos einen, obgleich abgesonderten, Bestandtheil von dem Vermögen des Hausoberhaupts aus[78]). Denn auch das castrensische Vermögen wurde, ausserdem daß der Sohn darüber frey verfügen konnte, wie ein gewöhnliches Peculium behandelt, weil es nicht nur, wenn der Sohn ohne letzten Willen starb, pristino peculii et potestatis iure bey dem Vater blieb; denn das Recht darüber zu testiren, verdankte der Sohn blos einer dem Soldatenstande verliehenen Begünstigung, welches ihm also nicht seines erworbenen freien Vermögens wegen, sondern blos darum, weil er Soldat war, praemii loco zustand, wie Macer[79]) sagt; sondern auch, wenn der Sohn ein Verbrechen beging, welches Vermögenseinziehung zur Folge hatte, dem Vater das castrense peculium nach einem Rescript des Kaisers Alexander[80]) nicht entzogen werden durfte,

77) *L.* 195. §. 2. *D. de verb. Signif.*

78) S. besonders *Marc. Aur.* Galvanus de Usufructu. Cap. VIII. nr. 3. et 18.

79) *L.* 26. *D. de testam. milit.*

80) *L.* 3. *C. de bonis proscriptor.* (IX. 49.) S. Zimmern Gesch. des R. Priv. R. 1. B. §. 187. S. 688.

weil nun das Recht, welches blos zur Begünstigung gereichen sollte, nicht mehr angewendet werden konnte [81]). Zu einem Suum, de quo testari licebat, gehörten aber nach dem Röm. Familienrechte auch sacra. Diese waren gleichsam das innere Band der Familie, so wie das äussere die väterliche Gewalt war. Daher mußten die Sacra bey der Familie erhalten werden, weil mit der Vernachlässigung oder Auflösung derselben der Untergang der ganzen Familie verbunden war. De sacris autem, sagt Cicero [82]), haec sit una sententia, *ut conserventur semper*, et deinceps familiis prodantur, et, ut in lege posui, *perpetua sint sacra*. Sacra und familia waren daher unzertrennlich verbunden. Diese sacra privata standen unter der Obsorge und Verwaltung des Familienhauptes. Der Paterfamilias war curator et administrater sacrorum, und gleichsam suae familiae sacerdos. Er opferte selbst den Laren und Penaten im Atrium seines Hauses, umgeben mit den Bildnissen der Vorfahren [83]). Es war, wie Cicero [84]) lehrt, auctoritate Pontificum eingeführt, *ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret*. Daher waren die Sacra mit dem Vermögen des Paterfamilias verbunden, und giengen

81) S. Unterholzner in der Tübing. krit. Zeitschrift. für Rechtswiss. 5. Bd. S. 206.

82) *De Legib. Lib. II.* cap. 19. S. von Savigny über die jurist. Behandlung der sacra privata bey den Römern; in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. 2. Bd. Nr. XV. S. 362 — 404.

83) S. *Car. Frid.* Heiberg de familiari patriciorum nexu. (*Slesvici* 1829. 8.) Cap. II.

84) Loc. cit.

mit diesem Vermögen nach dem Tode desselben auf den Nachfolger über, an welchen das Vermögen kam, wie Cicero in den gleich nachher folgenden Worten bemerkt, iis essent ea adiuncta, *ad quos eiusdem morte pecunia venerit;* und an einem andern Orte [85]: *Sacra cum pecunia* pontificum auctoritate, nulla lege, *coniuncta sunt.* Ein solches Vermögen, mit welchem sacra verbunden waren, hieß nun eigentlich *pecunia* [86]. Dieses verwaltete der paterfamilias, so wie die Sacra. Daher heißt es in dem Gesetz der XII Tafeln: *Uti legassit super* PECUNIA *tutelave suae rei, ita ius esto* [87]. Denn unter den Privathandlungen eines paterfamilias war gewiß die Testamentifaction, wie Cicero in der zweyten Philippischen Rede Kap. 42. sagt, die allerwichtigste. Nur der paterfamilias konnte daher sacra und pecuniam haben, worüber er testiren konnte. Die Kinder, so wie die materfamilias, nahmen zwar an dem häuslichen Cultus und den Rechten der Familie Theil [88], sie selbst aber konnten, während der väterlichen Gewalt, so wenig sacra, als ein eigenes Familienrecht haben. Sie waren in sacris patrisfamilias [89]. Daher war in sacris esse, soviel als in patria potestate esse, wegen der Gemeinschaft des

85) Cicero *de Legg. Lib. II. cap.* 21. S. auch Sext. Pompej. Festus *de Verbor. Signif.* vv. *Sine sacris hereditas.*

86) Festus voc. *Pecunia.* S. Heiberg Cap. V. §. 11. pag. 45.

87) S. die Note 17. S. 100.

88) S. Heiberg Cap. II. §. 4. pag. 20.

89) Cicero *pro domo. Cap.* 13. in fin. Heiberg Cap. V. §. 17. pag. 73.

häuslichen Cultus [90]). So erklärt sich also, wenn Ulpian [91]) sagt, *Filius familiae testamentum facere non potest, quoniam nihil* SUUM *habet, ut testari de eo possit* [92]). Jenes alte Familienrecht, mit welchem das Recht zu testiren in der genauesten Verbindung stand, hatte nun zwar in der Folge, so wie die sacra, sowohl die privata als gentilitia, aufgehört; dennoch aber ward der Grundsatz, den noch Justinian in seinen Institutionen lehrt, beybehalten, daß ausser denen, die ein castrense oder quasi castrense peculium haben, sonst kein Familiensohn das Recht ein Testament zu machen habe. Wir haben also hier ein Beyspiel, wie wahr es sey, was auch schon andere bemerkt haben, daß nicht selten in unsern Gesetzen die Folgen sind beybehalten worden, obschon das Princip, oder ältere Recht, woraus sie entstanden, längst aufgehoben war [93]). Diese Meinung haben vorzüglich Galvanus [94]), Bachov [95]),

90) Diese Ausdrücke kommen noch spät in den Constitutionen des Codex vor. *L.* 7. *C. de curat. furiosi* (V. 70.) *L.* 12. *C. de collat.* (VI. 20.) *L.* 2. *C. de bon. quae liberis.* (VI. 61.) *L. ult.* §. 1. *C. ad SCtum Tertull.* (VI. 56.) S. von Savigny in der angef. Zeitschrift. 2. B. S. 400.

91) *Fragm. Tit.* XX. §. 10.

92) Man sehe vorzüglich *de* Retes Miscellaneor. Lib. I. Cap. 22. nr. 10 — 12. (in *Th. Meerman.* Tom. VI. pag. 74.)

93) S. Püttmann Probabil. iuris civ. Lib. II. cap. 2. p. 21.

94) De Usufructu. Cap. IX.

95) Not. et Animadvers. ad *Treutlerum.* Vol. II. Disp. X. Th. 2. Lit. C. pag. 518 — 523.

Donellus[96]), Vinnius[97]), Huber[98]), Schumacher[99]), und Kleinschrod[100]) ausgeführt.

Eine Ausnahme machen jedoch die Gesetze bey denjenigen filiisfamilias, welche geistlichen Standes sind. Diese können über ihr eigenthümliches Vermögen, sie mögen es durch ihr geistliches Amt, oder durch irgend einen andern Rechtstitel erworben haben, nicht nur unter den Leben-

96) Commentar. de iure civ. Lib. VI. Cap. 5. §. 8. Vol. III. pag. 304 sqq. (edit. noviss. *Norimb.* 1807.)

97) Comm. ad pr. J. Quib. non est permiss. fac. test.

98) Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 12. §. 2.

99) Diss. cit. de exclusione filiorumfamilias a testamenti fact. Cap. II. §. 1 — 7. pag. 30 — 47.

100) Diss. de iure filiifamilias disponendi de peculiis, ad normam iuris peregrini et patrii considerato, praes. *Jos. Mar.* Schneidt, *Wirceburgi* 1784. 4. def. Cap. I. §. 13. Der von mir vertheidigten Meinung sind auch noch *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 42. *Scip.* Gentilis de bonis maternis. (*Hanoviae* 1606. 8.) Cap. XXVII. pag. 181 sqq. *Ev.* Otto Comm. ad pr. J. Quib. non est perm. fac. test. nr. 6. pag. 257. *Everard.* Bronchorst Εναντιοφανων. Cent. III. Assert. 21. pag. 289. sqq. (*Lugd. Batav.* 1621. 4.) *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. P. II. Lib. XXVIII. Tit. 1. Qu. 5. pag. 247. sqq. *Jo. God.* Bauer Diss. de peculio quasi castrensi studiosorum (*Lipsiae* 1726. 4.) §. 32. *Mich. God.* Wernher Lectiss. Commentation. in Pand. P. II. h. t. §. 10. *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Memb. I. §. 5. pag. 183 sq. Thibaut System des Pand. R. 1. B. §. 364. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts. 2. Bd. IV. Bch. §. 394. a. E. und Fritz im Archiv für die civilist. Praxis. 6. B. S. 209. Not. 19.

den verfügen, sondern auch darüber testiren [1]). Ob ihnen dieses Vorrecht schon von den Kaisern Leo und Anthemius verliehen worden, ist zwar zweifelhaft. Die von denselben erlassene Constitution, *L.* 34. *Cod. de Episcop. et cleric.* (I. 3.) lautet folgendermassen:

Sacrosanctae orthodoxae fidei Episcopi atque presbyteri, diaconi quoque, qui semel probatis moribus integritate castissima ad hunc gradum meruerint pervenire, ea, *quaecunque in eodem clericatus gradu locoque viventes acquirere et habere potuerint* [2]), etiamsi in patris avique aut proavi potestate constituti sint, et adhuc superstites habeantur, tanquam bona propria vindicent: de his, si quando eis libitum fuerit, *eis testandi, vel donandi, vel quolibet alio titulo alienandi libera facultate concessa.*

Allein die Novelle *CXXIII.* Kap. 19. läßt keinen Zweifel übrig, in welcher es heißt:

Τοτε δὲ πρεσβυτέρους, καὶ διακόνους, καὶ ὑποδιακόνους, καὶ ἀναγνώστας, καὶ ψάλτας, (οὓς πάντας κληρικοὺς καλοῦμεν) τὰ πράγματα τὰ ἀφ' οἱουδήποτε τρόπου εἰς τὴν αὐτῶν δεσποτείαν

1) S. Kleinschrod cit. Diss. Cap. II. §. 16 — 18. und Schumacher Diss. cit. Cap. II. §. 8. pag. 47.

2) *J. H.* Boehmer in Diss. de successione in bona clericor. singulari §. 26. (in *Exercitat. ad Pand.* Tom. V. pag. 52.) erklärt diese Worte vom Erwerb in officio sacro. Allein das Wort viventes zeigt, daß sie offenbar nicht darauf, sondern auf den geistlichen Stand gehen, und soviel sagen wollen, die einen solchen Grad und Stelle des geistlichen Standes bekleiden. S. Kleinschrod cit. Diss. Cap. II. §. 16. pag. 30.

περιελθόντα, ἔχειν ὑπὸ τὴν ἰδίαν ἐξουσίαν προστάττομεν, καθ' ὁμοιότητα τῶν καστρενσίων πεκουλίων, καὶ δωρεῖσθαι κατὰ τοὺς νόμους, καὶ ἐπ' αὐτοῖς διατίθεσθαι· εἰ καὶ ὑπὸ τὴν τῶν γονέων εἰσὶν ἐξουσίαν.

HOMBERGK: *Ut vero Presbyteri, et Diaconi, et Subdiaconi, et Lectores, et Cantores, (quos omnes* CLERICOS *vocamus) res, quae* QUOCUNQUE MODO *ad eorum dominium perveniunt, in potestate sua habeant, ad similitudinem castrensium peculiorum, praecipimus: et ut donare eas possint secundum leges, deque illis* TESTARI, *licet sub potestate parentum sint.*

Viele [3]) wollen noch eine zweyte Ausnahme machen. Sie sagen, daß nach dem Canonischen Rechte ein filiusfamilias über seine Adventizien zum Vortheil einer frommen Stiftung mit Einwilligung seines Vaters eine letztwillige Verordnung machen könne. Allein schon Hofacker [4]) hat dagegen erinnert, daß diese Behauptung mehr einer gemeinen Meinung zuzuschreiben sey, als daß

3) *Jo.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXXVIII. §. 15. *Franc.* DUARENUS Comment. in Tit. Pand. Qui testam. fac. poss. §. *Diximus filium.* (*Opp.* pag. 317.) *Just. Henn.* BOEHMER Jur. Eccles. Protestant. Tom. II. Lib. III. Tit. 26. §. 25. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 615. Schmalz Handbuch des canonischen Rechts §. 352. der 2. Aufl. Berlin 1824. Franz Andr. Frey kritischer Commentar über das Kirchenrecht, fortgesetzt von Dr. Scheill IV. Theils 1. Abtheil. §. 32. S. 150. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. Bd. V. Buch §. 483. der 3. Aufl. u. a.

4) Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1379.

sie in den Gesetzen selbst Grund hätte. Einige halten dieses zwar auch schon dem Röm. Rechte gemäß, und berufen sich auf die *L.* 1. *C. de Sacrosanct. Eccles.* (I. 2.) wo Kr. Constantin der Große verordnet: Habeat unusquisque licentiam sanctissimo catholico venerabilique Concilio decedens bonorum, quod optaverit, relinquere: et non sint cassa iudicia eius. Gewöhnlich aber wird diese Ausnahme auf das *cap.* 4. *de sepulturis in VI.* (III 12.) gegründet, wo der Pabst Bonifacius *VIII.* sagt:

Quamvis autem filiusfamilias absque patris adsensu sibi possit libere eligere sepulturam: *pro anima tamen sua, praeter ipsius adsensum*, (nisi peculium castrense, aut quasi castrense habeat) *aliquid iudicare non potest.*

Allein wie wenig diese Stellen jene Meinung beweisen, ist schon von Andern [5]) gezeigt worden. Denn soviel die *L.* 1. anlangt, so habe ich schon an einem andern Orte [6]) dargethan, daß das *unusquisque* nur von einem solchen verstanden werden könne, welcher die Testamentsfähigkeit hat, weil es dem Kaiser Constan-

5) S. *Paul. Jos. a* Riegger Institut. iurispr. ecclesiast. P. III. §. 407. Not. pag. 298. *Gall. Aloys. Casp.* Kleinschrod Diss. cit. de iure filiifam. disponendi de peculiis. Cap. II. §. 20. *Car. Aug.* Ringel Diss. cit. de iure testandi, quod comp. filiofam. praes. *Klügel* def. pag. 22 — 31. und Fritz Abh. aus welchen Peculien und unter welchen besondern Voraussetzungen kann der filiusfamilias Schenkungen auf den Todesfall machen? im Archiv für die civilist. Praxis. 6. Bd. S. 211. f.

6) S. den 33. Th. dieses Commentars. §. 1404. d. Not. 90. S. 400.

tin nicht sowohl darum zu thun war, die active, als vielmehr die passive Testamentifaction zu Gunsten der Kirchen zu erweitern. Von einem filiusfamilias ist also hier gar keine Rede. Es ist aber eine Regel der Interpretation, ein jedes Gesetz so zu erklären, daß es nicht andern bestehenden Gesetzen widerstreitet. Soviel die andere Stelle aus dem Canonischen Rechte betrifft; so ist schon überhaupt gar nicht zu vermuthen, daß der Pabst hier die Absicht gehabt habe, Etwas dem Civilrechte zuwider laufendes zu verordnen. Es muß also vielmehr diese päbstliche Verordnung im Zweifel so verstanden werden, wie sie dem Civilrechte entspricht. Nun ist bekannt, daß ein filiusfamilias nach dem Civilrechte über das peculium paganum zwar nicht testiren, wohl aber mit Erlaubniß des Vaters Schenkungen auf den Todesfall machen könne [7]. Was könnte uns also hindern, die Stelle des Canonischen Rechts von diesem Falle zu erklären? Denn das Wort *iudicare* hat überhaupt im Sprachgebrauche des Mittelalters eine sehr schwankende Bedeutung, wenn ja die Lesart ihre Richtigkeit haben sollte. Denn nach Böhmers Bemerkung in seiner Ausgabe des Corp. iur. canon. sollen statt judicare einige Codices *erogare*, andere *vendicare* lesen. Nach *Du* Fresne [8]) heißt nun iudicare, denn wir wollen die in allen gedruckten Ausgaben des *Sextus liber Decretalium* anerkannte Lesart, auf die Auctorität der Glosse, für die allein richtige halten, in den Gesetzen des Mittelalters soviel als disponere, legare,

7) *L.* 25. §. 1. *D. de mortis causa donation.* (XXXIX. 6.) *L.* 7. §. 4. *et* 5. *D. de donation.* (XXXIX. 5.)

8) Glossar. ad scriptor. mediae et infimae Latinitatis. Tom. II. voc. *Judicare.*

supremo *iudicio* de bonis suis decernere. In dieser letzten Bedeutung nimmt das Wort *iudicare* auch der Glossator des Sextus, Johann Andreä, *iudicium* enim hic sumitur, sagt er in der Glosse, pro ultima voluntate: et aliter multis modis, bezieht sich aber auch dabey, welches merkwürdig ist, auf die *L. Tam is* (L. 25.) *D. de mortis caus. donat.* Er, als Zeitgenoß des Pabstes Bonifacius VIII., und mit dem Sprachgebrauche seines Zeitalters gewiß bekannt, konnte uns wohl den besten Aufschluß geben.

Warum kann denn aber ein filiusfamilias über das peculium paganum auch nicht einmal mit Einwilligung des Vaters testiren, da ihm doch in den Gesetzen ausdrücklich gestattet wird, mit Erlaubniß des Vaters Schenkungen auf den Todesfall zu machen? Marcianus sagt nämlich *L.* 25. §. 1. *D. de mortis causa donationib.*

Filiusfamilias, qui non potest facere testamentum nec voluntate patris, tamen mortis causa donare, patre permittente, potest.

Anton Merenda [9]), Foppius ab Aezema [10]) und Marc. Aurel. Galvanus [11]) haben diese Frage zum Gegenstande einer besondern Erörterung gemacht. Gewöhnlich setzt man den Grund dieses Unterschiedes darin, weil die Testamentifaction iuris publici sey, Schenkungen auf den Todesfall aber iuris privati wären, letztere erforderten daher nur Vermögen, dieses könne

9) Controvers. iuris. Lib. XIV. Cap. 29.

10) Dissertation. iuris civ. Lib. II. Cap. 14. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 830.)

11) De Usufructu. Cap. X.

der Vater dem Sohne geben, aber jene den Status eines Paterfamilias, dessen Mangel die Einwilligung des Vaters nicht ergänze [12]). Allein ein weit einfacher Grund beruht vielmehr darin, daß alle Geschäfte, die der Sohn während der väterlichen Gewalt, es sey mit genereller oder specieller Genehmigung des Vaters, über das peculium paganum abschließt, als Geschäfte des Vaters anzusehen sind, die er durch den Sohn für sich abschließen läßt, und also nur insoweit für zulässig und gültig gehalten werden können, als sie nicht ihrer eigenthümlichen Natur nach vom Vater in eigner Person verrichtet werden müssen. Nun konnte zwar der Vater das Peculium, wenn es sein Eigenthum war, so gut, wie andere Theile seines Vermögens, verschenken. Er konnte auch die Unwiederruflichkeit einer solchen Schenkung, so wie von jedem andern beliebigen Thatumstande, also auch vom Tode seines Sohnes abhängig machen. Was also der Vater allein thun konnte, das mußte er auch dem Sohne erlauben können für ihn zu thun. Die Schenkung, welche der Sohn mit Willen und Erlaubniß des Vaters über das peculium paganum auf den Todesfall errichtet hatte, war demnach eben so anzusehen, als ob sie von dem Vater selbst auf den Todesfall des Sohnes wäre gemacht worden. Daß dieses aber vom Vater geschehen könne, lehrt Ulpian *L.* 11. *D. de mort. causa donat.* wo es heißt:

12) Man vergl. auch *Vigl.* Zuichemus Comment. in Tit. Instit. Quib. non est permiss. fac. test. ad princ. nr. 7 — 11. pag. 64. sqq. (*Basiliae* 1534. f.) *Paul.* Busius Subtilitat. iuris. Lib. V. cap. 5. und *Jos. Fern. de* Retes Miscellan. Lib. I. cap. 22. §. 8. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 73.)

Mortis causa *filii sui* pater recte donare poterit [13]).

Und daß diese Ansicht überhaupt den Gesetzen entspreche, bestätigt Pomponius, welcher *L.* 9. §. 2. *D. de donat.* sagt:

Quod filiusfamilias patris iussu aut voluntate donavit, *perinde est, ac si pater ipse donaverit.*

Dieser Grund kann denn aber freylich nur auf das alte Peculium, nämlich das peculium profectitium, eingeschränkt werden [14]). Nur dieses, und kein anderes, konnte auch der Natur der Sache nach Marcianus in der *L.* 25. *D. cit.* im Sinne haben, und eben so Ulpian, wenn er *L.* 7. §. 4. *D. de donationib.* sagt:

Pari autem ratione, qua donare filiusfamilias prohibetur, etiam *mortis causa* donare prohibebitur: quamvis enim *ex patris voluntate mortis quoque causa donare possit*, attamen ubi cessat voluntas, inhibebitur haec quoque donatio.

Es muß nur die Erlaubniß des Vaters ausdrücklich auf eine Schenkung auf den Todesfall gerichtet seyn, wie ebenfalls Ulpian §. 5. cit. L. sagt:

Sed enim meminisse oportebit, si cui donare quoque permissum est, nisi specialiter etiam *mortis causa donare* fuerit permissum, *non posse mortis causa donare.*

13) Man sehe über dieses Gesetz *Bav.* VOORDA Thesium controversar. (*Lugd. Batav.* 1796. 8) Decad. VIII. Th. 2. pag. 96. sq. und vergleiche noch *L.* 18. *pr. D. de mort. causa donat.*

14) S. Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts 1. B. 2. Abth. §. 186. S. 684.

Diese Ansicht ist besonders von Jacob Voorda[15]) und Haubold[16]) ausgeführt worden.

Ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn von Errichtung eines Testaments oder eines Vermächtnisses über das peculium profectitium die Rede ist. Denn die Errichtung eines Testaments über das eigene Vermögen des Testirers, oder eines Vermächtnisses aus demselben auf den Todesfall eines Dritten lauft schon dem Begriffe dieser Dispositionen zuwider. So wenig also der Vater ein Testament oder Vermächtniß über das peculium profectitium auf den Todesfall des Sohnes errichten kann, eben so wenig kann auch der Vater dem Sohne dazu die Erlaubniß ertheilen. Kann also der Sohn nicht einmal über das peculium profectitium mit Einwilligung des Vaters testiren, um wie viel weniger über das peculium adventitium, woran dem Vater gar kein Eigenthum, ja nicht einmal immer der Ususfructus zusteht, wie Herr Professor Fritz[17]) recht gründlich dargethan hat.

Uebrigens hat das heutige Recht hierin nichts geändert. Es muß also noch jetzt um so mehr gelten, da

15) Interpretation. et Emendation. iuris Rom. Lib. III. Cap. 19. pag. 324. (edit. alt. *Trajecti ad Rhen.* 1768. 8.)

16) Diss. de mortis causa donationum coniecturis ex mortis mentione capiendis. Cap. I. (in *Opuscul. academ.* a Wenck editis. *Lipsiae* 1825. 8.) Vol. I. pag. 446. sq.

17) Im Archiv für die civilist. Praxis 6. Bd. S. 208 — 210. S. oben Not. 5. Vergleiche auch Zimmern Gesch. 1. Bd. §. 189. a. E. und Not. 26. S. 696. Doch ist nicht zu übersehen Wilh. Müller's civilist. Versuch über die Natur der Schenkung auf den Todesfall. (Giessen 1827. 8.) §. 30.

die Notariats-Ordnung Maximilians I. oder der Cölner Reichsabschied vom Jahre 1512. Tit. von Testamenten ausdrücklich verordnet, daß in der Lehre von Testamenten die Grundsätze des Röm. Rechts in Deutschlands Gerichten angewendet werden sollen [18]. Nach mehreren Provinzialrechten [19] ist es jedoch Kindern, die noch unter väterlicher Gewalt sind, wenn ihnen nur der Mangel des gesetzmäßigen Alters nicht entgegensteht, über ihr eigenthümliches, auch adventizisches Vermögen zu testiren gestattet, ohne, auch in Ansehung des nicht freyen Vermögens, der väterlichen Einwilligung zu bedürfen, jedoch ohne Nachtheil des väterlichen Nießbrauchs.

Wenn übrigens die Gesetze einige Personen zur Strafe für unfähig erklären ein Testament zu errichten, (lege intestabiles) wie z. B. die wegen verbotenen Zinswuchers [20], oder wegen eines libellus famosus, d. i. wegen Bekanntmachung einer Schmähschrift, die den Vorwurf eines, als von dem Geschmähten begangenen, peinlich strafbaren Verbrechens enthält, ver-

18) S. Stryk Us. mod. Pandectar. h. t. §. V. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 33. Schumacher Diss. cit. Cap. II. §. 10. Kleinschrod Diss. cit. Cap. III. §. 30. und Ringel Diss. cit. pag. 24. sqq.

19) S. das allgem. Preuß. Landrecht 1. Th. 12. Tit. §. 18. Wirtenberg. Landrecht. 3. Th. 2. Tit. §. 10. Fränkische Landesgerichtsordn. 3. Th. Tit. XXXIX. §. 9. und 10. Frankfurter Reformation vom J. 1578. f. Th. IV. Tit. 2. §. 4. und Nürnberger Reformation vom J. 1564 f. Tit. XXIX. Ges. 5. fol. 181.

20) *Cap. 2. de Usuris in VIto.* (V. 5.)

urtheilt worden sind [21]), ferner Ketzer und Apostaten [22]); so sind diese Bestimmungen h. z. T. ausser Gebrauch [23]). Die sich eines Incests schuldig gemacht haben, sind zwar nach dem Rechte des Codex nur insofern intestabiles, daß sie nicht zu Gunsten anderer Personen, als ihrer rechtmäßigen Descendenten, Ascendenten oder Seitenverwandten, testiren, und auch nur diese unter der Voraussetzung, daß sie nicht selbst zum Incest Veranlassung gaben, zu Erben einsetzen können [24]); allein nach der *Nov. XII. Cap.* 2. soll das Vermögen des Vaters schon bey dessen Leben den Kindern zufallen, und sie sollen zur Strafe des Vaters sui iuris werden,

21) *L.* 18. §. 1. *D. h. t. L.* 5. §. 6. *et* 16. *D. de iniur.* (XLVII. 10.) *L. un. C. de famos. libell.* (IX. 35.)

22) *L.* 4. *C. de haeret.* (I. 5.) *L.* 3. *C. de apostat.* (I. 7.) *Cap.* 13. §. 5. *C. de haeret.* (V. 7.)

23) S. Claproth von Testamenten. §. 6. S. 53. und S. 56. Not. x. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutsch. Peinl. Rechts. 3. Th. §. 418. Grolmans Grunds. der Criminalrechtswissenschaft. §. 228. von Quistorp Grundsätze des deutsch. Peinl. Rechts. §. 449. *de* Boehmer Observation. ad Carpzovium. Quaest. XCII. Obs. 4. Stryk caut. testamentor. Cap. III. §. 61. Frz. Schöman Handbuch des Civilrechts. 2. Bd. S. 42. f. Salchow Lehre von Strafen und Verbrechen. 2. B. §. 395. Not. *) von Hartitzsch Erbrecht. §. 22. Valett Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. B. §. 959. a. E. Wegen der Pasquillanten sind jedoch anderer Meinung Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 13. und H. Geh. Just. u. Ob. App. GerichtsR. Martin im Lehrbuch des teutsch. gemein. Criminalrechts. §. 177.

24) *L.* 6. *C. de incest. et inutil. nupt.* (V. 5.) Zimmern Grundriß des Erbrechts. Anh. S. 55.

jedoch mit der Verbindlichkeit den Vater zu ernähren [25]). Die heutige Praxis dieser Bestimmungen des Röm. Rechts ist jedoch zweifelhaft [26]).

§. 1408.

Form der Testamente, äussere und innere, und daher entstehende Verschiedenheit der Testamente. Regelmäßige. Unregelmäßige. Oeffentliche. Privat-Testamente.

Es ist aber, um die Intestaterbfolge auszuschließen, nicht genug, daß der Testirer in sich die Fähigkeit habe ein Testament zu errichten, sondern das Testament muß auch an sich die zu einem gültigen Testamente nöthigen Erfordernisse haben. Man nennt den Inbegriff dieser Erfordernisse die Form des Testaments [27]). Diese betrifft nun entweder dasjenige, was zur gesetzmäßigen Errichtung des Testaments erfordert wird; man nennt dieß die äussere Form des Testaments; oder sie betrifft den Inhalt des Testaments, d. i. was der Testirer in Ansehung der innern Abfassung des Testaments

25) Durch die *Nov. XII. cap.* 2. ist also die *L.* 6. *C. de incest. nupt.* abgeändert worden. S. *Conr.* Rittershusius Juris Justinian. P. IV. Cap. 2. nr. 23. pag. 198. und Mühlenbruch Doctr. Pandect. Vol. III. §. 461. et not. 11.

26) S. *de* Boehmer Meditation. in Constitut. crim. Carolin. ad Art. CXVII. § 10. von Quistorp Grunds. des Peinl. Rechts. 2. Bd. §. 506. S. 335. a. E. (der Kleinschen Ausg. Leipz. Rostok u. Schwerin 1812.) und Martin's Lehrbuch des Criminalrechts. §. 282. S. 734. f. und Not. 9.

27) S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. VI. cap. 6. (Vol. III. pag. 310. sqq.) *Lud. God.* Madihn Princip. iur. Rom. de Successionib. §. LXII. und Westphal von Testamenten. §. 169.

zu beobachten hat. — Innere Form des Testaments. Diese besteht darin, 1) daß solche Personen im Testamente honorirt werden, welche die Gesetze nicht für unfähig erklären, etwas aus einem letzten Willen zu erwerben. Die Erbeinsetzung macht jedoch den wesentlichen Inhalt eines Testaments aus. 2) Daß keine Notherben übergangen, oder ohne gesetzmäßige Ursache enterbt werden; und 3) der Inhalt des Testaments überhaupt so abgefaßt werde, wie es der Vorschrift der Gesetze gemäß ist. Die äussere Testamentsform hat zum Zweck, Glauben und Gewißheit des Testaments durch die in den Gesetzen vorgeschriebene Art zu befestigen. In Rücksicht dieser Form kann nun ein Testament entweder auf eine solche Art errichtet werden, daß es dadurch öffentlichen Glauben erhält, — öffentliches Testament, Testament mit öffentlicher Form, *testamentum publicum*; oder es wird dem Testamente durch die Art, wie es errichtet wird, keine öffentliche Beglaubigung gegeben, — Privattestament, *testamentum privatum*.

Die ursprünglichen öffentlichen Testamente waren die testamenta calatis comitiis, und in procinctu [28]). Denn das zur Schlacht gerüstete Heer ward im Kriege

28) S. *Jo. Bern.* Müller Disq. acad. de testamenti publici origine et solennitatibus extrinsecis, praes. *Henr. Christ.* Senckenberg def. *Goettingae* 1736. 4. Cap. II. §. 1—3. *Ge. Sam.* Madihn Diatr. de validitate testamenti non rite oblati. *Halae* 1771. 4. §. II. pag. 7. Schraders rechtsgeschichtliche Bemerkungen. Nr. II. in Hugo's civilist. Magazine. 5. Bd. S. 154. Not. ***) und Roßhirt's Grundlinien des Röm. Rechts. (Heidelberg 1824.) §. 109. S. 248.

als das versammelte Volk angesehen, vor welchem der Bürger im Frieden sein Testament in den Comitien errichtete [29]. Beydes halte ich für Testamente im wahren Sinne des Worts. Denn Gajus [30] nennt sie Testamente, und Ulpian [31] stellt sie mit dem testamento per aes et libram zusammen. So wie die 5 Zeugen bey diesem Testamente, welche nach der gar nicht unwahrscheinlichen Bemerkung mehrerer [32] das Römische Volk, worauf auch wohl das Wort *Quirites* in der Nuncupationsformel hindeutet, vorstellten, und auch als solche zu Zeugen angenommen wurden: *vos* QUIRITES *testimonium perhibitote*; eben so waren die Comitien bey jenen blos der Solennität wegen versammelt, damit das Volk Zeuge dessen sey, was vor ihm geschahe, ohne gerade darüber berathen zu werden, und ohne Stimmen abzugeben [33]. Diese Ansicht bestätigt auch

29) S. den 33. Th. des Commentars. §. 1402. S. 339.

30) *Instit. Comm. II.* §. 101. Testamentorum autem genera initio duo fuerunt, nam aut *calatis comitiis* faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erunt, aut *in procinctu*, id est, cum belli causa ad pugnam ibant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.

31) *Fragm. XX.* §. 2. Testamentorum genera fuerunt tria, unum, quod *calatis comitiis*, alterum, quod *in procinctu*, tertium, quod *per aes et libram* appellatum est.

32) S. *Ul.* HUBER Digression. Justinian. P. I. Lib. IV. Cap. 32. und Gans Erbrecht 2. Bd. S. 89. das Gegentheil hat jedoch TREKELL Tr. de origine et progr. testamenti faction. Cap. III. §. 17. pag. 102. sqq. zu zeigen gesucht.

33) THOMASIUS in Diss. Prima initia successión. testamen-

Theophilus [34]), wenn er uns von dem testamento calatis comitiis folgende Beschreibung macht:

tar. apud Rom. §. X. sqq. Heineccius in Diss. de origine testamenti factionis. §. XIII. et XIV. und Trekell Tr. de origine et progressu testamenti fact. Cap. II. §. XII. sqq. sind zwar anderer Meinung. Sie läugnen, daß die testamenta calatis comitiis facta wahre Testamente gewesen. Denn nicht der freye Wille des Testirers sey hier entscheidend gewesen, sondern die Zustimmung des Volks. Sie hätten daher eben so, wie wenn ein Gesetz gegeben werden sollte, den Vorschlag von einer Röm. Magistratsperson, und förmliche Abstimmung des Volkes erfodert, und wären also nichts anders gewesen, als leges quaedam singulares sive privilegia, wie Trekell l. c. sagt, in gratiam alicuius a toto populo, *magistratu aliquo rogante*, lata, per quae uni alicui personae certus heres extra ordinem constituebatur. Allein Dernburg in den Beyträgen zur Geschichte der römischen Testamente. Kap. 1. hat diese Ansicht ausführlich widerlegt, und gezeigt, daß bey einem testamentum calatis comitiis factum keine rogatio, nichts was beym Vorschlage eines Gesetzes erforderlich war, statt gefunden, sondern das Volk sey blos der Solennität wegen, damit das Vorgehende feyerlich vor einem so ehrwürdigen Zeugen ausgesprochen werde, versammelt gewesen, aber ohne Stimmen abzugeben. Die ältesten Testamente hätten also so gut, wie die der spätern Zeit, auf der Privatwillkühr des Testirers beruht. H. Prof. Gans im Erbrechte 2. B. 2. Absch. 1. Kap. S. 46. ff. hat jedoch jene angegriffene Ansicht wieder in Schutz genommen, und sie durch die Hypothese zu unterstützen gesucht, daß die Testamente in der ältesten Zeit zugleich ein Adoptionsverhältniß enthalten und begründet haben sollen. Denn daß vor der Bestätigung des Testaments in den Comitien eine eben so strenge Untersuchung, wie bey der Arrogation, besonders im Betreff der Kinder, Statt gefunden habe, gehe aus der Rede des Cicero *pro domo*.

Καὶ τὸ μὲν *calatis comitiis* ἐγίνετο καιρῷ εἰρήνης, δὶς τοῦ ἐνιαυτοῦ, τοῦτον τὸν τρόπον· ὁ κῆρυξ

cap. 13. *et* 14. hervor. Die noch in spätern Zeiten, noch zu Anfang der Kaiserperiode vorkommende adoptio per testamentum aber erhebe die Vermuthung zur völligen Gewißheit, denn die testamentarischen Adoptionen, wovon, obwohl nur in den nichtjuristischen Classikern, so viele Beyspiele vorkommen, (S. 60 ff.) ließen nothwendig auf eine ältere Römische Sitte schließen, und erhielten nur dann einen Sinn, wenn man annehme, in der frühern Zeit habe die testamentarische Einsetzung überhaupt ein adoptives Verhältniß begründet. Ich muß bekennen, daß ich zu wenig Gelehrsamkeit und Scharfsinn besitze, um es wagen zu dürfen, über einen Gegenstand zu urtheilen, worüber die Quellen so dürftig sind. Es sey mir also nur erlaubt, einige Zweifel dagegen vorzubringen. Die angeführte Stelle des Cicero scheint mir das nicht zu beweisen, was daraus hervorgehen soll. Sie spricht von einer wahren Adoption, bey welcher es denn freylich darauf ankam, ob der, welcher adoptiren will, nicht selbst noch Kinder zeugen könne. Wie konnte aber bey der Testamentserrichtung in den Comitien eine eben solche Untersuchung Statt finden, ob der Testirer leibliche Kinder habe, oder nicht, wenn man an den ursprünglichen großen Umfang der patria potestas denkt, und sich dabey erinnert, daß selbst die Kinder keine Notherben waren? Wie hätte ferner ein Römischer Bürger, wenn die testamenta comitiis calatis facta wirklich eine Adoption enthalten hätten, in einem und demselben Acte testiren und arrogiren können? Die adoptio per testamentum hätte gewiß einen eigenen Act ausmachen müssen. Allein die Adoption durch Testament, ein Ausdruck, den kein einziger der juristischen Classiker zur Anwendung gebracht hat, war gar keine eigentliche Adoption, sondern eine mit der Erbeinsetzung verknüpfte Auflage des Erblassers Namen zu führen, wie Dirksen über adoptio per testamentum, in seinen Versuchen zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts Abh. 2.

ἅπασαν περιῄει τὴν πόλιν συγκαλῶν, καὶ πᾶς ὁ δῆμος συνέτρεχε, καὶ ὁ βουλόμενος ὑπὸ μάρτυρι διετίθετο τῷ δήμῳ.

Et illud CALATIS COMITIIS *tempore pacis fiebat, bis in anno, hunc in modum: Praeco totam circumibat urbem convocans, omnisque populus concurrebat, et, qui volebat,* TESTE POPULO *testabatur.*

Allein beyde Arten der Testamente kamen ausser Gebrauch, nachdem die Privattestamente waren eingeführt worden, von denen nachher die Rede seyn wird. Das neuere Röm. Recht kennt zwey Arten öffentlicher Testamente, das gerichtliche, und das demselben gleichgeachtete Testament vor dem Kaiser. Von beyden spricht die Constitution des Kaisers Honorius, welche nur allein im Justinianeischen Codex uns aufbehalten worden ist, denn in den heutigen Fragmenten des Theodosianischen Codex findet sie sich nicht. Es ist die *L.* 19. *Cod. de testam.* welche folgendermassen lautet:

Impp. HONORIUS et THEODOSIUS AA. *Joanni* P. P.

Omnium testamentorum solemnitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas, etiam conscientiam principis tenet. Sicut ergo securus erit, qui actis cuiuscunque iudicis, aut municipum, aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit iudicium: ita nec de eius unquam successione tracta-

Nr. III. S. 73 — 88. überzeugend dargethan hat. Man sehe auch den 2. Th. des Commentars §. 341. f.

34) *Paraphr. gr. Institut.* Lib. II. Tit. 10. §. 1. Man sehe auch REITZ ad *Theophilum* h. l. not. i. Tom. I. pag. 329. et pag. 330. not. r.

bitur, qui nobis mediis, et toto iure, quod in nostris est scriniis constitutum teste succedit. Nec sane illud heredibus nocere permittimus, si rescripta nostra nihil de eadem voluntate responderint. Voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere, ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium: cum hoc ipsum, quod per supplicationem nostris auribus intimatur, ita demum firmum sit, si ultimum comprobetur, nec contra iudicium suum defunctus postea venisse detegatur. Ne quid sane praetermisisse credamur, huiusmodi institutionis successoribus designatis: omnia, quae scriptis heredibus competunt, iubemus eos habere, nec super bonorum possessionis petitione ullam controversiam nasci, quum pro herede agere cuncta sufficiat, et ius omne ipsa complere aditio videatur. Omnibus etenim praestandum esse censemus, ut libero arbitrio, cui testandi facultas suppetit, successorem suum oblatis precibus possit declarare: et stabile sciat esse, quod fecerit. Nec institutus heres pertimescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare, si ei alia nocere non possunt. Dat. XII. Kal. Mart. *Ravennae* post Consulatum Honorii VIII. et Theodosii V. Conss. 413 [35]).

35) Diese richtige Jahrzahl stimmt mit der angegebenen Consulatszahl des Kaisers Honorius nicht überein. Auch ist das Datum ganz unrichtig. Es muß vielmehr d. XVI. Kal. Martii, *Ravennae* post consulatum Honorii *IX.* et Theodosii V. gelesen werden, wie *Jac.* Gothofredus Chronolog. Cod. Theod. Tom. I. Cod. Theod. pag. 179. und *Car. Frid.* Walch ad *Eckhardi* Hermeneut. iuris. Lib. I. §. 225. gezeigt haben.

Eine fast wörtliche Wiederholung dieser Constitution enthält die *Nov.* VALENTINIANI *III. Tit.* 4. *de Testamentis*, vom J. 446.[36] worin sich auch Valentinian auf die Constitution seines Onkels beruft, welches eben unser Honorius ist. Daß Honorius, nicht Theodos II. der Urheber unserer Constitution sey, erhellet auch aus der Subscription, denn sie ist von Ravenna datirt[37].

Es ist merkwürdig, daß es hier als ganz bekannt vorausgesetzt wird, daß der Erblasser seinen letzten Willen, auch ohne alle Feyerlichkeit, mündlich vor Gericht, oder der städtischen Curie zu Protocoll erklären könne, und eine solche Erklärung des letzten Willens eben so gültig und wirksam sey, als wenn sie auf eine feyerliche Art vor Zeugen geschehen wäre. Es ist also offenbar, daß das gerichtliche Testament, iudiciale testamentum, oder testamentum publicum, quod fit apud acta, nicht erst aus dieser Constitution seinen Ursprung herleite[38]. Wenn diese Testamentsform auf-

36) In Collect. Novellar. Constitution. Impp. Justiniano anterior. a RITTERO concinn. (*Codicis Theodos.* Tom. VI. P. II. adj.) Lib. II. Tit. 4. pag. 108. sqq. in HUGO iur. civ. Antejust. Tom. II. pag. 1320. sqq. Vielleicht ist wegen dieser Gleichheit die *L.* 19. *C.* von den Verfassern des Breviariums aus dem Theod. Codex weggelassen worden. S. WENCK Cod. Theod. ad L. 4. IV. 4. de testam. not. d. pag. 206.

37) S. WALCH ad *Eckhardi* Hermeneut. iur. §. 227.

38) S. Fried. Carl von Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. 1. B. 2. Kap. S. 82—84. und Spangenberg's Beytrag zu der Lehre von Testamenten; im Archiv für die civilist. Praxis. 5. Bd. Nr. V.

gekommen, ist unbekannt. Mehrere [39]) wollen ihren Ursprung von der Zeit herleiten, da die Comizien unter den Kaisern in den Senat verlegt worden sind, und dieser nachher mit dem Princeps an die Stelle des Volks getreten sey. Die Testamente, von denen unsere L. 19. spricht, wären daher an die Stelle der alten Comitial-Testamente getreten. Allein dagegen hat schon Heineccius [40]) erinnert, daß wohl mehrere hundert Jahre vorher die testamenta comitiis calatis facta ausser Gebrauch gekommen wären, ehe man an die gerichtlichen Testamente dachte. Nach der Erzählung des Theophilus [41]), mit welcher auch Ulpian [42])

S. 159. ff. Man vergleiche noch Alb. Schweppe Röm. Rechtsgeschichte u. Rechtsalterthümer. §. 477. S. 690. (der 2. Ausg. Göttingen 1826.)

39) *Arn.* Vinnius in Comment. ad. §. 1. J. de testam. ordin. nr. 1. in fin. und *Joach.* Hoppius Commentat. ad Institut. eod. loc. pag. 384. edit. *Walch.*

40) Not. ad Vinnium c. l. pag. 520. (*Lugduni* 1761. 4.)

41) *Paraphr. Gr. ad* §. 1. *J. de test. ord.* Ὀντων δὲ τούτων τῶν δύο γενῶν, συνέβαινέ τινας αἰφνιδία νόσῳ κατασχεθέντας, ἀδιαθέτους τελευτᾷν. οὔτε γὰρ calatis comitiis διετίθεντο, διὰ τὸ μήπο ἐπιστῆναι τὸν καιρὸν, οὔτε procinctu, διὰ τὸ μὴ ἐιναι πόλεμον. ἄλλως τε δὲ διατιθεσθαί τις ἀπαίσιον ἐνόμιζεν ὑγιαίνοντι σώματι. Διὰ τοῦτο ἐπενοήθη τρίτον γένος, ὅπερ ἐλέγετο per aes et libram, τουτέστι δια χαλκοῦ καὶ ζυγοῦ. ἐγίνετο δὲ κατὰ ἐμαγκιπατίωνα. i. e. *Porro quum haec duo essent genera, accidebat, ut nonnulli repentino morbo correpti, morerentur intestati: neque enim* calatis comitiis *testabantur, quia nondum tempus aderat, neque* procinctu, *quia bellum non erat: aliter autem testari, aliquis inauspicatum*

übereinstimmt, trat vielmehr das testamentum per aes et libram an die Stelle der alten Comitial-Testamente. Eben so unerweislich ist die auf jene Hypothese gebauete Ansicht Senckenbergs [43]), daß es unter den Kaisern drey Arten öffentlicher Testamente gegeben habe, 1) *Imperatori* oblata, 2) *Senatui* aut *Municipibus* oblata, 3) actis *cuiusvis Judicis* inserta. Unstreitig ist das gerichtliche Testament unter den Kaisern durch Gewohnheit aufgekommen, wie auch Herr von Savigny [44]) behauptet. Daß es aber schon den classischen Juristen bekannt gewesen sey, ist darum nicht glaublich, weil sie beym mündlichen Testamente vom solemnis numerus testium sprechen [45]). Das gerichtliche Testament, welches wir aus der Constitution des Kaisers Honorius kennen lernen, ist aber ein mündliches Testament, welches durch eine bloße Erklärung zu Protokoll errichtet wurde, ohne alle sonst gewöhnliche Testamentsförmlichkeit. Dieß heißt hier *actis cuiuscunque iudicis aut municipum mentis suae postremum publicare iudicium. Publicare testamentum* wird also hier nicht in der Bedeu-

credebat sano corpore. Ideo excogitatum est genus tertium, quod dicebatur PER AES *et* LIBRAM, *fiebatque per emancipationem.* S. WALCH ad *Hoppii* Comment. in Instit. ad §. 1. de testam. ord. not. e. pag. 386.

42) *Fragm. Tit. XX.* §. 2. Illis duobus testamentis *abolitis*, (uno qud *calatis comitiis*, altero quod *in procinctu* appellatum est) hodie solum in usu est, quod *per aes et libram fit*, id est, per mancipationem imaginariam.

43) Cit. Diss. Cap. II. §. 4. et 5.

44) A. a. O. S. 82.

45) S. z. B. *L. 21. pr. D. h. t.* Man vergl. Schillings Bemerkungen über Röm. Rechtsgesch. S. 427. Not. *).

tung genommen, wie wir es jetzt nehmen, nämlich ein Testament eröffnen und verlesen, welches erst nach dem Tode des Erblassers geschieht, sondern es heißt hier soviel als testamentum apud acta conficere, actis insinuare, und geht also auf die mündliche Erklärung des letzten Willens, den der Testator dem Gerichte eröffnet [46]. Die Eröffnung des Testaments nach dem Tode des Erblassers wird hingegen in den Gesetzen mit dem Worte recitare bezeichnet [47]. Doch ist hier der Sprachgebrauch der Constitutionen nicht immer so streng, denn zuweilen wird das Wort publicare auch für recitare gebraucht [48]. Beyde Handlungen, die Errichtung eines Testaments vor Gericht, publicatio, s. insinuatio testamenti apud acta, und die gerichtliche Eröffnung desselben nach dem Tode des Erblassers, recitatio testamenti, müssen also wohl unterschieden werden. Denn so wenig sie auch mit einander gemein haben, so häufig sind sie doch verwechselt worden. Jene hatte nur bey den mündlich zu Protokoll gegebenen öffentlichen Testamenten Statt, diese aber bey den zugesiegelten feyerlichen Privattestamenten. Die heutige Form, ein schriftliches Testament verschlossen zu den Gerichtsacten zu bringen, und es daselbst bis auf den Todesfall des Testirers aufbewahren zu

46) *L.* 18. *et* 19. *C. de testam. L.* 27. 30. 31. *et* 32. *C. de donat.* (VIII. 54.)

47) *L.* 6. *D. Testam. quemadm. aper.* (XXIX. 3.) *L.* 3. §. 18. *D. de SCto Silan.* (XXIX. 5.) Paulus *Sentent. Recept. Lib. IV. Tit.* 6. §. 1. et 2. *L.* 1. *C. Quemadmod. testam. aperiant.* (VI. 32.) S. Brissonius de Verbor. Signif. voc. *Recitare.*

48) *L.* 2. *L.* 18. *C. de testam.* S. von Savigny a. a. O. Not. 198. S. 84.

lassen, wovon in der Folge die Rede seyn wird, war den Römern ganz unbekannt. Wie hätte man hier sagen können, testator mentis suae postremum publicavit iudicium? Einer bloßen Verwechselung beyder Gerichtshandlungen ist es wohl unstreitig zuzuschreiben, wenn der große Cujaz [49]), dem hierin mehrere [50])

49) Ad PAULI *Sentent. Recept.* Lib. IV. Tit. 6. §. 1. (in *Ant.* SCHULTING Jurisp. vet. Antejust. pag. 401.)

50) *Ge. Sam.* MADIHN s. *Christ. Benjam.* UBER Diatr. de validitate testamenti non rite oblati §. XIV. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. de Successionib. §. LXXXIII. und Desselben Miscellen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit Nr. XXI. S. 102 — 112. und, wie es scheint, auch Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 443. Not. 1. Es ist wohl zuviel gesagt, wenn H. Hof- u. Canzl. R. Spangenberg in der oben angef. Abhandlung S. 160. Not. 38. bemerkt, alle Neuern wären dem Cujaz gefolgt. Schon *Franc. Car.* CONRADI in Diss. de testamento publico, quod fit apud acta. (*Helmst.* 1741. 4.) §. 2. machte auf den oben bemerkten Unterschied aufmerksam, und *Car. Chrisph.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1276. not. a. widerlegt namentlich Madihns Meinung in Pr. iur. Rom. P. II. §. 495. Vorzüglich ist die Meinung des Cujaz widerlegt vom H. von Savigny a. a. O. Ihm sind gefolgt Thibaut im Archiv für die civilist. Praxis. 6. B. S. 229. von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreff. Constitutionen der Röm. Kaiser von Constantin bis auf Theodos II. und Valent. III. S. 92. Not. 2. Albr. Schweppe Röm. Rechtsgeschichte u. Rechtsalterthüm. §. 477. S. 691. Rosshirt Grundlin. des Röm. Rechts. §. 109. S. 251. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemein. Rechts. 2. Bd. V. Buch. §. 451. und Joh. Jac. Lang im Lehrb. des Justinian. Röm. Rechts (Mainz 1830. 8. §. 447.

Neuere gefolgt sind, die Hypothese aufstellt, daß die Römer gerichtliche Testamente der Form nach gar nicht gekannt, sondern die römischen Bürger blos die Gewohnheit gehabt hätten, ihre Testamente, wenn sie an sich in der gehörigen Form gemacht worden, der sichern Aufbewahrung wegen ins Gericht zu bringen. Die gerichtlichen Testamente der Römer wären daher nicht ohne die ordentliche Form gültig gewesen. Allein die Gründe für diese Meinung sind nicht überzeugend. Es kann allerdings seyn, daß ängstliche Testatoren zuweilen auch feyerliche Testamente den Gerichten zur Aufbewahrung übergaben, so wie man auch wohl der Sicherheit wegen Testamente in den Tempeln der Gottheiten verwahrlich zu hinterlegen pflegte [51]); allein daß darin die Form der gerichtlichen Testamente bey den Römern bestanden habe, ist unerweislich. Das Gegentheil erscheint vielmehr daraus, daß in unserer *L.* 19. *C. de testam.* die Errichtung eines Testaments vor Gericht, von der Errichtung eines Testaments vor Zeugen ganz deutlich unterschieden wird, wenn es darin heißt: Sicut ergo securus erit, qui *actis cuiuscunque iudicis aut municipum*, AUT *auribus privatorum* mentis suae postremum publicavit iudicium. Eben so heißt es in der *Nov.* VALENTINIANI *III. de testamentis:* Nam cum liceat cunctis iure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem [52]), liceat municipalibus gestis iudicia suprema componere. Die dagegen aus Pau-

51) S. den 33. Th. des Commentars. §. 1402. S. 337.

52) Die vorhergehenden Worte: *iure civili atque praetorio* beziehen sich also wohl blos auf die schriftliche Art nach dem Civil- und prätorischen Rechte zu testiren. S. Schilling's Bemerkungen über Röm. Rechtsgesch. S. 376. Not. 1056.

lus [53]) und Ulpian [54]) angeführten Stellen können so wenig, als die herbeygezogenen Verordnungen der Kaiser Alexander [55]), Valerian und Gallienus [56]) etwas beweisen, da sie nicht von Errichtung gerichtlicher Testamente, sondern von Eröffnung der Testamente nach dem Tode des Erblassers reden, welche vermöge der Lex Julia vicesimaria auf die Art vor Gericht geschehen mußte, wie sie Paulus in der angeführten Stelle beschreibt. Die Stelle aus Marculfs Formeln [57]),

53) *Sentent. Recept. Lib. IV. Tit.* 6. §. 1. *et* 2.

54) *L.* 2. §. 4. *D. Testam. quem. aperiant.*

55) *L.* 2. *C. de testam.*

56) *L.* 2. *C. Quemadm. testam. aperiant.* (VI. 32.)

57) *Lib. II. Form.* 37. Sie lautet, so wie sie Cujacius in notis ad Pauli *Sentent. recept.* lib. IV. Tit. 6. (in *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Antejust. pag. 401.) aus einer Handschrift des Emarus Rancconettus edirt hat, folgendermassen: *Anno illo, sub die illa, civitate illa, adstante defensore et omni curia illius civitatis*, Titius *prosecutor dixit: peto optime defensor, vosque laudabiles curiales atque municipes, ut mihi codices publicos patere iubeatis. Quaedam enim in manibus habeo, quae gestorum cupio allegatione roborari. Defensor et curiales dixerunt, patent tibi codices publici, prosequere quae optas. Prosecutor dixit:* Gajus *vir illustris mihi mandavit, testamentum, ut mos est, gestis municipalibus insinuarem. Defensor dixit, mandatum quidem recitatum est, sed testamentum, quod prae manibus te habere dicis, etiam nobis praesentibus recitetur, et, ut postulas, gestis publicis firmetur. Post recitationem testamenti Defensor et curiales dixerunt, testamentum, quod recitatum est, gestis publicis inseratur. Prosecutor dixit: hoc amplius peto, optime Defensor, ut mihi gesta publice

worauf Cujaz und die ihm gefolgt sind, ihre Hypothese hauptsächlich stützen, scheint zwar allerdings von der Insinuation eines feyerlichen Testaments in die Gerichtsacten zu reden; allein sie beweist nicht, daß die gerichtliche Insinuation nicht ohne die ordentliche Form eines Privattestaments gültig hätte geschehen können. Vermöge der von dem Testator dem Prosecutor ertheilten Vollmacht sollte das Testament, ut mos est, also wie es der Gerichtsgebrauch mit sich bringt, den gestis municipalibus insinuirt werden. Es mußte also selbst das feyerliche Testament in den Gerichten verlesen, (testamentum nobis praesentibus recitetur) es mußte also eröffnet, und seinem ganzen Inhalte nach in die Gerichtsacten eingetragen werden. Wo blieb nun die vorhergehende Feyerlichkeit, da jetzt die gerichtliche Form an deren Stelle trat? Denn darin besteht ja eben die gerichtliche Insinuation, wenn Etwas zu Protocoll gegeben und genommen wird [58]). Es kam hier aber noch der Umstand hinzu, daß der Testirer nicht selbst vor Gericht erschienen war, sondern zur gerichtlichen Aufnahme des Testaments einen Prosecutor geschickt hatte.

edantur. Defensor et ordo curiae dixerunt: quia testamentum et mandatum rite condita, et bonorum virorum subscriptionibus firmata cognovimus, aequum est, ut gesta, cum a nobis subscripta, et ab amanuensi edita, tibi ex more tradantur, eademque in archivis publicis conserventur. Hier und da etwas verändert, jedoch in der Hauptsache übereinstimmend, findet sich diese Formel auch in *Steph.* Baluzii Capitular. Regg. Francor. Tom. II. pag. 426. sq.

58) S. Gruben Observationes de forma conficiendi acta apud Romanos. (*Hanover.* 1753. 4.) §. 4. pag. 40. sqq.

Schon dieser Umstand machte es nothwendig, die Vollmacht, und die Unterschriften der Testamentszeugen genau zu untersuchen, um Verfälschungen und Betrügereyen zu verhüten. Mehrere dergleichen Urkunden über gerichtlich insinuirte Schenkungen und Testamente, welche durch Bevollmächtigte geschahen, haben Lindenbrog [59]) und Mabillon [60]), angeführt. Wie aber, wenn der Testator selbst vor Gericht erschienen wäre? Wäre auch dann die Insinuation des Testaments nicht ohne vorhergegangene feyerliche Errichtung desselben vor Zeugen gültig gewesen? Hier fehlt es ganz am Beweise. Es scheint also jenes Verfahren vor Gericht nur bey solchen gerichtlichen Insinuationen der Testamente Statt gefunden zu haben, die durch Prosecutoren, wie sie in den angeführten Urkunden genennt werden, d. i. durch Bevollmächtigte geschahen, und zwar zu deren eigenen Legitimation und zur Sicherheit der Gerichte. Doch noch Eins. In dem besondern Falle, welcher zur *Novella* VALENTINIANI *III. de testamentis* vom J. 446. die Veranlassung gab, hatten zwey Ehegatten sich in einem vor sieben Zeugen errichteten Testamente wechselseitig instituirt [61]), und die Urkunde dem Kaiser

59) *Formulae. Nr. LXXIII.* (in BALUZII Capitular. Regg. Francor. Tom. II. pag. 531. sq.)

60) Append. Supplem. de Re Diplomat. pag. 77. Alle diese Formeln findet man auch in Grupen Observation. cit. de forma conficiendi acta apud Rom. §. 4. pag. 44—49.

61) *Nov. cit.* §. 3. verbb. quamvis in unius chartae volumine supremum votis paribus condidere iudicium, *septem testium subscriptionibus roboratum.* S. von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreff. Constitutionen

mit einer Bittschrift übergeben. Wer wollte daraus folgern, daß auch ein testamentum principi oblatum nach dieser Novelle nicht ohne die ordentliche Form gültig gewesen sey? Welcher Widerspruch mit den Anfangsworten: Jam dudum quidem divus avunculus noster, testamentorum compendia generali lege complexus, formulam iuris antiqui, et inanem verborum conquisitionem non necessariam iudicavit, validissimam statuens voluntatem, cum de nostris altaribus coniuges petunt, ut decedenti prius succedat superstes!

Die andere Art öffentlicher Testamente des neuern Rechts ist das Testament vor dem Kaiser, welches nun eben so, wie das vor Gericht, ohne alle Feyerlichkeit gelten soll. Diese Testamentsform ist es, welche erst durch die Constitution des Kaisers Honorius ist eingeführt worden [62]. Die Veranlassung dazu gab, wie Jac. Gothofredus [63] bemerkt hat, die Lex Julia et Papia Poppaea, nach welcher Ehegatten, welche einander in einem wechselseitigen Testamente zu Erben eingesetzt hatten, nur dann das Ganze, was sie einander hinterlassen haben, bekommen konnten, wenn sie in der Ehe Kinder mit einander gezeugt hatten [64]. Doch konn-

der Röm. Kaiser von Theodos II. — bis auf Justinian. S. 34. Not. 4.

62) *Sam.* Stryk Diss. de testamento principi vel iudici oblato. *Halae* 1702. 4. und *Car. Frid.* Walch Diss. de testamento principi oblato. *Jenae* 1777. 4.

63) Comment. ad L. 6. C. Theod. de inoff. testam. Lib. II. Tit. 19. Tom. I. pag. 207. (edit. *Ritter.*) Man vergl. auch Walch Diss. cit. cap. I. §. 10.

64) Ulpian. *Fragm.* *Tit. XVI.* §. 1. *Jo. Gottl.* Heinec-

ten auch solche Ehegatten, die keine Kinder hatten, das ius liberorum vom Princeps erhalten [65]). Catullinus, welcher in der *L. 4. C. Theod. de iure liberor.* die mit unsrer *L.* 19. von welcher sie, wie Jac. Gothofredus bemerkt hat, einen Theil ausmacht, zu verbinden ist, clarissimus vir genennt wird, hatte mit seiner Gattin keine Kinder gezeugt, beyde Ehegatten setzten sich gleichwohl in einem wechselseitigen Testamente einander zu Erben ein, und übergaben ihr Testament, ohne alle weitere Form, dem Kaiser Honorius mit der Bitte, ihnen das ius liberorum zu ertheilen. Der Kaiser nahm das Testament an, ohne darauf zu rescribiren, und erließ die Constitution, welche wir *L.* 19. *de testam.* in dem Justinian. Codex lesen. Ein gleicher Fall mit den Leoniussischen Eheleuten gab nicht lange nachher auch dem Kaiser Valentinian III. Gelegenheit zur Erneuerung dieses Gesetzes. Er verordnete aber zugleich, daß nicht bloß den Ehegatten, die um das ius liberorum supplicirten, sondern auch jedem Andern das Recht zustehen solle, seinen letzten Willen mit einer Bittschrift dem Kaiser zu übergeben, und ein solcher letzter Wille sollte auch ohne Form so vollkommen gültig seyn, wie jedes andere Testament. Die bloße Wissenschaft des Kaisers solle genügen, wenn gleich kein bestätigendes Rescript darauf erfolgt seyn sollte. Es heißt in der Novelle dieses Kaisers §. 1 [66]).

cius ad Leg. Juliam et Papiam Poppaeam Comment. Lib. II. Cap. 15. §. 6—8. pag. 283—291.

65) Ulpian. c. l. Heineccius cit. loc. §. 8. pag. 289. sqq. und Walch cit. Diss. pag. 25. sq.

66) Nach Hugo in iure civ. Antejust. Tom. II. Nov. LXIII. Lib. II. Tit. 21. pag. 1321.

Sed quoniam *Leonius*, vir spectabilis, munitus veteribus constitutis, nostram supplex maluit exspectare sententiam, occasionem novandae legis amplectimur, salubri definitione censentes, ut, sive inter se coniugum, seu quorumcunque consensus, oblatis serenitati nostrae precibus optaverit, morte praeventis [67]) heredem superstitem fieri oportere personam, hoc ita ratum firmumque permaneat, ut nihil robustius aestimetur.

§. 2. Et in augustam [68]) notitiam pervenisse

67) Ritter in seiner Ausgabe der Novellen des Kaisers Valentinian III. Tit. IV. Tom. VI. P. II. Cod. Theod. pag. 109. liest *praeventi.* Diese Lesart scheint mir den Vorzug zu verdienen.

68) Nach Ritters Bemerkung ad h. Nov. not. f. pag. 110. will Sichard et *ad nostram* statt in augustam notitiam lesen, ihm stimmt auch Walch cit. Diss. Cap. II. §. 3. pag. 35. bey. Ich sehe jedoch keinen Grund, die gemeine Lesart für unrichtig zu halten. *Augustum* heißt ja alles, was die Person des Kaisers zunächst betrifft, also nicht blos seine Gemahlin heißt Augusta, sondern bey Ovidius *ex Ponto Lib. I. Epist. 2. v. 117.* kommen auch sogar *augustae aures* vor. Warum hätte nun K. Valentinian nicht auch seine Wissenschaft als Kaiser eine *augusta notitia* nennen können? S. Gessner Thes. Linguae et erudit. Rom. voc. *Augustus* Tom. I. pag. 547. sq. besonders *Aegid.* Forcellini Lexic. totius Latinit. h. v. pag. 288. sq. Es ist daher unbegreiflich, wie einige Rechtsgelehrten z. B. *Ahasv.* Fritsch in Diss. de augusta Romanor. imperatrice. Cap. 8. und *Ben.* Carpzov de lege regia, Cap. II. Sect. I. unter *Augusta* die Gemahlin des Kaisers haben verstehen, und im Ernst glauben können, daß auch dieser das Testament habe übergeben werden können. Mag auch Ulpian *L. 31. D. de legib.* immerhin sagen:

sufficiat, etiamsi nullum processerit ex hac parte responsum.

Es soll jedoch durch diese Testamentsform dem Rechte eines Dritten kein Eintrag geschehen, also den Notherben, welche dadurch verletzt, oder im Testamente übergangen worden sind, der Weg zur competenten Klage keineswegs verschlossen seyn. Daher fügt der Kaiser Valentinian in der angeführten Novelle §. 6. noch hinzu:

Ne tamen hoc testamenti genus plus iusto muniisse credamur, si quis sibi vel inofficiosi querelam, vel praeteriti competere duxerit actionem, hanc utramque secundum iuris et legum statuta servamus.

Und Jacob. Gothofredus[69]) hat wohl nicht Unrecht, wenn er die *L. 6. C. Theodos. de inoff. testam.* (II. 19.) welche so lautet:

Adversus iudicium omnibus integris atque servatis, quibus inofficiosi actio, aut de immodicis donationibus coeperit forte competere, vel qui se praeteritum esse testatur. Nos enim ita huiusmodi institutiones firmandas esse censuimus, ut competentibus actionibus viam minime clauderemus.

Principes eadem Augustae privilegia tribuunt, quae ipsi habent; so war doch der Kaiserin keine gesetzgebende Gewalt mitgetheilt. Sodann passen ja die Worte: quod insertum mera fide precibus *inter tot nobiles probatasque personas* etiam conscientiam principis tenet, durchaus nicht auf die Gemahlin des Kaisers, wie auch schon Walch cit. Diss. Cap. II. §. 3. bemerkt hat.

69) Comm. ad L. 6. C. Th. de inoff. testam. Tom. I. pag. 207. edit. *Ritter*.

für einen Theil der *L.* 19. *C. de testam.* hält. Denn sie ist auch von Honorius, und hat dieselbe Inscription und Subscription.

Es ist sehr wahrscheinlich, daß dieser Theil des Gesetzes in Zusammenhange mit den Worten der L. 19. *si ei alia nocere non possunt*, gestanden habe.

Nach den Verordnungen der Kaiser Honorius und Valentinian III. ist das Testament vor dem Princeps kein mündliches, sondern der letzte Wille mußte dem Kaiser mittelst einer Bittschrift überreicht werden. Ob man denselben der Supplic wörtlich einschaltete, oder ihn derselben schriftlich beyfügte, galt gleichviel [70]. Das Testament mußte nur dem Kaiser selbst mit der Bittschrift überreicht werden, und also dieser darum wissen. Denn eben dieses ersetzte den Mangel aller sonst gewöhnlichen Testamentsfeyerlichkeiten, wie aus den Anfangs-Worten: Omnium testamentorum solemnitatem superare videtur, *quod insertum mera fide* [71]) precibus — etiam conscientiam principis tenet, erhellet. Es heißt zwar auch: voluntates hominum *audire* volumus, und gleich nachher: hoc ipsum, quod per supplicationem *nostris auribus* intimatur. Man

70) Walch cit. Diss. Cap. II. §. 2. 4. et 5.

71) Die Worte *mera fide* werden zwar verschieden erklärt, wie aus Walch Diss. cit. Cap. II. §. 9. zu ersehen ist. Die richtigste Erklärung ist jedoch die des *Jac.* Gothofredus in Comm. ad L. 6. Cod. Theod. de inoff. testam. Tom. I. pag. 207. sq. edit. *Ritter.* welcher diese Worte so versteht, daß der Testirer in der Supplic seinen letzten Willen ohne alle Feyerlichkeit erklärt. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen § 443. Not. 1. S. 471. erklärt die *mera fides* von einer vollkommenen Glaubwürdigkeit.

möchte also glauben, der Testator habe dem Kaiser seinen letzten Willen auch mündlich eröffnen können. Allein die Ausdrücke audire und auribus intimare setzen nicht nothwendig eine mündliche Erklärung voraus. Denn man erwäge, daß die Suppliken nicht dem Kaiser selbst, sondern dem magistro libellorum übergeben werden mußten, welcher nachher dem Kaiser daraus referirte [72]. Sodann heißt auch audire nicht immer soviel als hören, es bedeutet auch soviel als ein bey dem Richter oder auch beym Kaiser angebrachtes Gesuch zulassen, wie Brissonius [73] schon längst bemerkt, und aus vielen Gesetzstellen erwiesen hat. Eben so bedeutet auch die Redensart: auribus alicuius quid intimare, nichts anders als bekanntmachen, in Kenntniß setzen, erklären,

72) S. *G.* Panciroli Comment. in Notitiam Imp. Orient. Cap. 96. pag. 150. sq. *Jac.* Gutherius de officiis Domus Augustae. Lib. III. Cap. 5. pag. 447. sqq. *Jac.* Gothofredus Comment. ad L. un. Cod. Theod. de magistris Scrinior. Lib. VI. Tit. 11. Tom. II. pag. 93. sqq. *Christ. Ulr.* Grupen Observationes de forma confic. acta apud Romanos. Obs. II. §. 2. pag. 91. sqq. und *Christ. Gottl.* Haubold de consistorio Principum Romanor. Specim. II. Cap. VII. §. 7. (*Opusc.* a Wenckio *editor.* Vol. I. pag. 308.)

73) De Verbor. Signif. voc. *Audire.* Daher wird auch das Consistorium Principis in den Gesetzen häufig *auditorium*, auch *sacrum auditorium Principis* genennt. *L.* 2. *C. Th. de pact. et transact. L.* 13. 40. 44. *et* 48. *C. Th. de adpellat. L.* 3. 4. *et* 5. *C. Th. de reparat. Jac.* Gutherius de officiis domus Aug. Lib. I. Cap. 17. pag. 58. Walch cit. Diss. Cap. II. §. 7. besonders Haubold de Consistorio Princip. Rom. Specim. I. Cap. I. §. 2. (*Opusc.* Tom. I. pag. 194. sqq.) hauptsächlich aber Cap. III. §. 1. pag. 230. sqq.)

vorbringen [74]. Ueberhaupt aber ist bekannt, daß es seit Tiberius Sitte war, alles, was an den Kaiser gebracht wurde, schriftlich vorzubringen [75]. Schon der Ausdruck preces principi oblatae deutet auf ein schriftliches Anbringen hin.

Daß jedoch die alleinige Gegenwart des Kaisers zur Uebergabe des Testaments nicht genügte, beweisen die Worte: quod insertum mera fide precibus *inter tot nobiles probatasque personas* etiam conscientiam principis tenet. Ob aber die Uebergabe dem Kaiser gerade in der Versammlung seines Consistoriums habe geschehen müssen, oder ob sie auch, ausser demselben, in Gegenwart einiger seiner Räthe habe geschehen können, ist streitig. Viele [76] behaupten das letzte, weil des Consistoriums im Gesetz mit keinem Worte Erwähnung geschehe, auch nicht nothwendig folge, daß die nobiles probataeque personae gerade comites consistoriani seyn müßten, da es bekannt sey, daß die Römischen Kaiser, auch ausser ihrem Consistorium, immer von einer Begleitung hoher Staatsbeamten und Standespersonen umgeben gewesen.

74) S. *Jac.* Gothofredi Glossar. nomic. Cod. Theodos. voc. *Intimare*. Tom. VI. P. II. pag. 221. Brissonius de V. S. voc. *Intimare*.

75) Tacitus *Annal. Lib. IV.* cap. 38. und Lib. I. Tit. 19. *Cod. Just. de precibus Imperatori offerendis*. S. *Jac.* Gutherius de officiis Domus August. Lib. I. Cap. 34. pag. 164. sqq.

76) S. Walch Diss. cit. Cap. II. §. 8—10. und Desselben Introductio in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 3. Not. *. pag. 287—289. *Mich. God.* Wernher lectissim. commentation. in Pand. P. II. h. t. §. 14. *Jul. Frid.* Malblanc Princ. iur. Rom. P. II Sect. ult. §. 692.

Im kaiserlichen Consistorium wären überdem nur solche Geschäfte verhandelt worden, welche eine Berathung erfordert hätten, wozu die bloße Uebergabe eines Testaments nicht geeignet sey. Es hätte auch dann den actis palatinis einverleibt werden müssen, aber dann wäre es ja vom testamentum iudiciale nicht unterschieden gewesen, von dem es doch in den Worten: qui actis cuiuscunque iudicis aut municipum mentis suae postremum publicavit iudicium, deutlich unterschieden werde. Mehrere [77]) wollen sogar nicht einmal die Gegenwart anderer Personen, geschweige denn geheimer Staatsräthe, für nöthig halten, sondern meinen, es sey schon genug, wenn das Testament auch nur dem Princeps allein überreicht werde, weil die Gültigkeit des Testaments in dem Ansehen und der Wissenschaft des Regenten beruhe, welches die Stelle jeder andern Feyerlichkeit vertrete. Die Worte: *inter tot nobiles probatasque personas* wären keine verba dispositiva, woraus eine Nothwendigkeit der Gegenwart dieser Personen folge, sondern bloße verba enunciativa, welche nicht entscheidend wären. Allein diese Meinung widerstreitet dem Wortverstande des Gesetzes so offenbar, daß sie gar keiner Widerlegung bedürfte, wenn sie auch nicht schon so gründlich von Walch [78]) wäre widerlegt worden. Die meisten [79]) be-

77) *Jo. Ott.* Tabor de testamento principi aut comiti oblato. Cap. VI. §. 11. *Sam.* Stryk Diss. de testamento principi vel iudici oblato. (*Halae* 1702.) §. 12. *de* Berger Oecon. iur. Lib. II. Tit. 4. §. 2. (Tom. I. p. 358. edit. *Haubold.*)

78) Controvers. iur. civ. c. I. pag. 287. sqq.

79) *Jac.* Cujacius Recitation. solemn. ad tit. 23. Lib. VI. Cod. de testam. ad L. 19. a verb. *Unicum tantum ad-*

haupten dagegen, daß zur Form eines Testaments vor dem Princeps erforderlich sey, daß es demselben in der Versammlung seines Consistoriums übergeben werden müsse. Diese Meinung ist auch der Vorschrift der *L.* 19. *C. de testam.* allerdings gemäßer, man verstehe nun unter dem Consistorium entweder den geheimen Staatsrath des Kaisers, welcher für Staats- und Regierungssachen, oder den obersten kaiserlichen Gerichtshof, den man *auditorium Principis* im eigentlichen Sinn nannte, welcher für Justizsachen angeordnet war [80]. Denn Erstens können die Worte *inter* TOT *nobiles probatasque personas*, worunter gewiß keine andere Personen, als geheime Minister und Staatsräthe, (comites consistoriani) oder geheime Tribunalsräthe (assessores auditorii, s. conciliarii Principis) verstanden werden können, denn

demus. Jac. Gothofredus ad L. 6. C. Th. de inoff. testam. Tom. I. pag. 208. edit. *Ritter. Hug.* Donellus Comment. de iure civ. Lib. VI. cap. 6. §. 4. Vol. III. pag. 311. und Comm. ad L. 19. C. de testam. pag. 365. *Christ. Ulr.* Grupen Observat. 2. de forma testamentor. iudicialium et privator. in scriptis. §. 2. pag. 86 — 93. *Es. Frid. a* Pufendorf Observation. iur. univ. Tom. IV. Obs. 197. §. 5. Theod. Maxim. Zachariä Institutionen des Röm. Rechts. Lib. II. Tit. 11. a. E. S. 485. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 443. Not. 1. S. 471. von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreff. Constitutionen der Röm. Kaiser von Constantin I. bis auf Theod. II. und Valent. III. S. 92. und Spangenberg Beytrag zur Lehre von Testamenten, im Archiv für die civilist. Praxis. 5. Bd. S. 173.

80) Von diesem Consistorium habe ich im 31. Th. des Commentars §. 1355. d. S. 241. ausführlicher gehandelt.

von beyden sagt Papinian [81], circa latus Principis agebant; unmöglich von einer blos zufälligen Gegenwart einiger geheimen Staatsräthe, oder anderer hohen Standespersonen verstanden werden, in deren Gesellschaft sich etwa der Kaiser ausser der Versammlung seines Consistoriums bey der Uebergabe des Testaments befand. Nein, sie deuten unläugbar auf die Versammlung des Consistoriums, oder Auditoriums selbst hin, in welcher der Kaiser zur Zeit der Ueberreichung des Testaments das Präsidium führte. Auf diese Versammlung beziehen sich auch Zweytens unstreitig die Worte *nobis mediis*, welche nichts anders heißen, als nobis inter comites consistorianos seu Consiliarios nostros praesentibus. Daß Drittens die Aufnahme des Testaments hier eben so wie bey dem gerichtlichen Testamente, mit welchem dasselbe verglichen wird, zu Protocoll geschehen mußte, ist schon dem Geschäftsgange eines solchen Collegiums ohnehin gemäß. Denn so wie alles Vorbringen im Gerichte, eben so mußte auch, was in dem Consistorium oder Auditorium des Kaisers angebracht wurde, wie sich auch von selbst versteht, zu Protokoll genommen werden, weil ja extra acta publica keine fides publica denkbar ist. Daher heißt es auch *actis cuiuscunque iudicis aut municipum* mentis suae postremum publicavit iudicium. Wie konnten nun acta publica verfaßt werden, wenn sich der Kaiser ausser seinem Consistorium oder auditorium befand? Das Testament ward endlich Viertens im Archiv des Kaisers niedergelegt, denn gerade darauf beruhte ja die ganze Gültigkeit des Testaments, daß es das Ansehen des Kaisers und die Glaubwürdigkeit seines Archivs für sich hatte, wie aus den

81) *L.* 30. *pr. D. de excusat. L.* 11. §. 2. *D. de minor.*

Worten erhellet: *toto iure, quod in nostris est scriniis constitutum, teste succedit.* Da es viererley scrinia sacri palatii gab, in denen die Acten und Urkunden, welche das Recht betrafen, aufbewahrt wurden, nämlich scrinia memoriae, dispositionum, epistolarum und libellorum, von denen einem jeden ein kaiserlicher Beamte vorgesetzt war, welcher *magister* genennt wurde [82]; so wird nun zwar nicht gesagt, in welchem Archiv das dem Princeps überreichte Testament sey niedergelegt worden. Da es jedoch der magister libellorum, so wie alle dem Kaiser überreichte Bittschriften, in Empfang nahm, und dem Kaiser daraus referirte [83]; so ist wahrscheinlich das Testament in dasjenige Archiv hinterlegt worden, welchem derselbe vorgesetzt war [84]. Wer sollte also wohl glauben, daß der Kaiser ausser seinem Consistorium sollte Testamente angenommen haben, oder daß die Hinterlegung des Testaments in das Archiv geschehen wäre, ohne darüber ein Protocoll zu verfassen, wovon auch wohl der Testator zu seiner Notiz eine Abschrift erhielt? Noch einen Beweis liefert uns die Novelle des Kaisers Valentinian *III. de testamentis.*

82) Von diesen Scriniis und deren Vorgesetzten handeln ausführlich *Guid.* Panciroli Commentar. in Notitiam Imp. Orient. Cap. 93 — 97. pag. 145 — 152. *Jac.* Guthrius de officiis Domus Augustae. Lib. III. cap. 3 — 7. pag. 427 — 474. und *Jac.* Gothofredus Paratitl. ad Libri VI. Tit. 26. Cod. Theod. de proximis, comitibus dispositionum, ceterisq. qui in sacris scriniis militant. Tom. II. pag. 145. (edit. *Ritter.*)

83) Pancirolus c. l. Cap. 96. pag. 151.

84) S. *Jac.* Gothofredus Comment. ad L. 6. Cod. Theod. de inoff. testam. Tom. I. pag. 208.

In dieser sagt Valentinian in Beziehung auf die Constitution seines divus avunculus, des Kaisers Honorius: *validissimam statuens voluntatem*, *cum de nostris* ALTARIBUS *coniuges petunt*, *ut decedenti prius succedat superstes.* Hier ist der Ausdruck nostra altaria merkwürdig. Er deutet auf den Character der Divinität hin, welchen die römischen, selbst christlichen Kaiser sich zueigneten. Sie bezeichneten mit diesem Ausdruck vorzüglich den Ort, wo sie als Regenten verfügten, oder als oberste Richter Recht sprachen [85]), ein Ausdruck, welcher in den Verordnungen der christlichen Kaiser [86]) öfters vorkommt, und sich auf die alte Sitte bezog, nach welcher an den Orten, wo Gericht gehalten wurde, Altäre errichtet waren, auf welchen die Partheyen zuvörderst opferten, ehe sie ihre Sache vor Gericht anbrachten, weil man die Richter gleichsam als Götter verehrte [87]).

85) GRUPEN in Obs. 2. de forma testamentor. iudicial. §. 2. pag. 89. erklärt diesen Ausdruck durch consessus in Consistorio. Ihm stimmt auch HAUBOLD de Consistorio principum Romanor. Spec. I. Cap. I. §. 3. (*Opuscul.* Vol. I. pag. 198.) bey. WALCH cit. Diss. Cap. II. §. 10. meint hingegen, daß unter *altaria nostra* die Person des Kaisers selbst verstanden werde.

86) *L.* 6. *C. Th. de Relation.* (XI. 29.) *nostris altaribus* suggestio offeratur. *L.* 7. *C. Th. de locatione fundor.* (X. 3.) Rescriptum *de nostris altaribus* meruerit.

87) LACTANTIUS *de mortibus persecutor. Cap.* 15. Ne cui temere ius diceretur, arae in secretariis ac pro tribunali positae, ut litigatores prius sacrificarent, atque ita causas suas dicerent, sic ergo ad iudices, tamquam ad deos, adiretur. S. *Thom.* WAGNER Diss. de

Uebrigens soll es den in einem solchen Testamente eingesetzten Erben nichts schaden, wenn auf die Ueberreichung des Testaments kein Rescript erfolgt ist. Nec sane illud heredibus nocere permittimus, *si rescripta nostra nihil de eadem voluntate responderint*, sagt unsere Constitution, und führt den Grund an, damit es nicht das Ansehen haben möchte, als sey durch das Rescript dem Testirer die Freyheit benommen, seinen letzten Willen wieder zu ändern. Denn der Kaiser will nur den letzten Willen anhören, aber nicht desselben Aenderung verbieten. Voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere, *ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium*, cum hoc ipsum, quod per supplicationem auribus nostris intimatur, ita demum firmum sit, si ultimum comprobetur, nec contra iudicium suum defunctus postea venisse detegatur.

Wenn jedoch das Gesetz sagt: omnium testamentorum solemnitatem superare videtur sc. testamentum principi oblatum; so geht dieses nur auf die äussere Form der Errichtung; (solemnitas ordinationis) ist aber nicht so weit auszudehnen, daß auch dadurch der Mangel der activen Testamentifaction ergänzt werde. Der Gesetzgeber setzt es ausdrücklich voraus, daß diejenigen, denen das Privilegium vor dem Princeps zu testiren zustehen solle überhaupt zu testiren fähig seyn müssen. Omnibus enim praestandum esse censemus, sagt Honorius, ut libero arbitrio, *cui testandi facultas suppetit*, successorem suum oblatis precibus possit declarare. Und gewiß deuten auch die letzten Worte: *si ei alia nocere*

aris in curiis et pro tribunali apud Romanos positis. *Lipsiae* 1732. §. 9.

non possunt, mit darauf hin, daß es dem Testamente an den allgemeinen Erfordernissen eines letzten Willens nicht fehlen dürfe, wie auch Walch [88]) sehr richtig bemerkt hat. Eben so wenig darf aber auch die innere Testamentsform dabey vernachlässiget werden. Was also die Gesetze überhaupt in Ansehung der Erbeinsetzung, und Enterbung verordnen, muß auch bey denjenigen Testamenten beobachtet werden, die man vor dem Princeps errichtet [89]). Wenn es sich auch nicht schon von selbst verstünde, daß das Ansehen des Regenten nicht dazu gemißbraucht werden dürfe, die Rechte anderer zu beeinträchtigen, so erklärt sich ja schon Kaiser Valentinian III. in der Novelle *de testamentis*, wodurch er die Constitution seines Onkels erneuert hat, darüber deutlich genug, wenn er §. 6. sagt [90]):

Ne tamen hoc testamenti genus plus iusto muniise credamur, *si quis sibi vel inofficiosi querelam*, *vel praeteriti competere duxerit actionem*, hanc utramque secundum iuris et legum statuta servamus.

Ueber den heutigen Gebrauch dieser Testamentsform sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Einige [91]) meinen, ein solches Testament komme jetzt in Deutsch-

88) Diss. cit. Cap. II. §. 13.

89) Walch cit. loc. pag. 77.

90) Hugo iur. civ. Antejust. Tom. II. pag. 1322.

91) *Lud. God.* Madihn Princip. iur. Rom. de Successionib. §. 74. Schweppe Röm. Privatrecht §. 822. a. E. (der 3. Ausgabe.) und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 2. Bd. 5. Buch §. 58. oder §. 451. der 3. Aufl.

land nicht mehr vor, und könne auch nicht mehr vorkommen, weil unsere deutsche Fürsten ihrem geheimen Staatsrathe in Person nicht mehr vorständen, und wenn sie auch noch das Präsidium führten, so würden doch daselbst keine Testamente mehr übergeben, weil Testamente heut zu Tage blos für die Gerichte gehörten; ein solches Testament aber, welches auch dem höchsten Landes-Justiz-Collegium übergeben werde, ein testamentum principi oblatum nicht genennt werden könne, wenn auch das Collegium im Namen des Landesherrn Recht spreche. Allein wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß ein testamentum Principi oblatum jetzt zu den rechtlichen Seltenheiten gehört; so kann doch der Gebrauch derselben nicht schlechterdings bezweifelt werden [92]. Denn dafür sprechen nicht nur Landesgesetze [93], sondern auch rechtliche Erkenntnisse [94]. Die Praxis geht sogar

92) *Casp.* Manz Tr. de testam. valido et inval. Tit. XX. *Ge. Ad.* Struv Synt. iuris civ. Tom. II. Exerc. XXXII. Th. 9. Müller ad Eundem. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. P. II. h. t. §. 44—46. *Jo. Henr. de* Berger Oecon. iuris Lib. II. Tit. 4. Th. 2. not. 1. *Car. Christph.* Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1275. Just. Claproth Abh. von Testamenten. §. 35. Walch Diss. cit. de testamento principi oblato. Cap. 3. Thibaut Syst. des Pandect. Rechts. 2. Bd. §. 694. und Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürg. Rechtssachen 2. Th. §. 242.

93) S. Baierisches Landrecht 3. Th. 4. Kap. §. 3. und allgem. Preuß. Landrecht 1. Th. 12. Tit. §. 175. und §. 176.

94) Consil. Tubing. Vol. III. pag. 579. *Bened.* Carpzov Decis. P. III. Decis. 293. Stryk Caut. testamentor. Cap. VII. §. 14.

noch weiter, als die Theorie. Nach der Praxis kann ein Testament vor dem Regenten nicht nur schriftlich, sondern auch mündlich errichtet werden [95]. Es kann auch dem Landesherrn überreicht werden, wenn er sich nicht in seinem geheimen Staatsrathe befindet [96]. Ja sie nimmt an, es könne vor einer vom Landesherrn abgeordneten Deputation errichtet werden [97], und die Aufbewahrung des Testaments im landesherrlichen Archive sey auch nicht nöthig [98]. Selbst Personen, sagt man, die sonst nicht testiren können, werden auf diese Art dazu fähig, wenn der Landesherr ihre Unfähigkeit kannte [99].

§. 1408 a.

Testament vor dem Pfarrer und zwey Zeugen.

Man rechnet zu den öffentlichen Testamenten auch das Testament, welches nach dem Canonischen Rechte vor dem competenten Pfarrer und zwey oder drey Zeugen errichtet werden kann [100]. Diese canonische Testa-

95) Stryk c. l. §. 13. *Pet.* Müller ad *Struvium* c. l. not. γ. nr. IV. Thibaut Syst. a. a. O.

96) Stryk c. l. §. 12. *de* Berger Oeconom. iuris c. l. Th. II. not. 1. Lauterbach c. l. §. 46. Hofacker c. l. §. 1275. nr. II.

97) Stryk c. l. §. 5. Lauterbach c. l. §. 46. Hofacker c. l. Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 443. Verb. *Publice.*

98) Stryk c. l. §. 20. Lauterbach c. l. §. 46. in fin. Hofacker c. l. in fin.

99) Thibaut Syst. de P. R. §. 694. Man sehe jedoch von Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civ. Rechts 2. Bd. 5. Buch §. 451. a. E.

100) *Lud.* Thomassini vetus et nova Ecclesiae disciplina

mentsform beruht auf einer Verordnung des Pabstes Alexander *III.* Es ist das *Cap.* 10. X. *de testam.* (III. 26.) welches ein an den Bischof von Ostia gerichteter Decretalbrief vom J. 1170 ist, folgenden Inhalts nach der Böhmerschen Ausgabe:

Cum esses (*frater episcope*) in nostra praesentia constitutus, (*diligenti nobis narratione*) proposuisti, talem in tuo episcopatu consuetudinem obtinere, quod testamenta, quae fiunt in ultima voluntate (*ab iis, qui potestatem habent super alios*) penitus rescindantur, nisi cum subscriptione septem vel quinque testium fiant, secundum quod leges humanae decernunt. Quia vero a divina lege, et sanctorum patrum institutis, et a generali ecclesiae consuetudine id noscitur esse alienum, cum scriptum sit: *in ore duorum vel trium testium stat omne verbum:* praescriptam consuetudinem

P. III. Lib. I. cap. 24. §. 3—5. (Tom. VII. pag. 152—155. edit. *Mogunt.*) *Sam.* Stryk Caut. testamentor. Cap. XIII. §. 25—35. *Jo. Paul.* Krieger Disqu. de testamento coram parocho et duobus testibus occas. cap 10. X. de testam. *Altorfii* 1734. 4. *Jo. Dan.* Bartholomaei Exercit. de testamento rustico coram parocho et duobus tribusve testibus confecto, (in Ejus *Exercitationibus iuridic. Ulmae* 1754. 4. Exerc. II. pag. 27—42.) *Ge. Christph.* Neller Diss. de testamento clerici Trevirensis. P. II. §. 2. Not.**. (in *Ant.* Schmidt *Thes. iuris Eccles.* Tom. VI. pag. 433.) Ferd. Walter's Lehrbuch des Kirchenrechts aller christlichen Confessionen. §. 357. der 4. Aufl. Bonn 1829. Ed. Gans Erbrecht. 3. Band. 3. Abschn. 1. Kap. S. 140. f. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 2. Bd. 5. Buch. § 452. (der 3. Aufl.)

(*penitus*) improbamus. *Et testamenta, quae parochiani coram presbytero suo et tribus vel duabus aliis personis idoneis*, *in extrema* (*de cetero*) *fecerint voluntate*, firma decernimus permanere, (*et robur obtinere perpetuae firmitatis*) sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis (*praesumtione qualibet*) huiusmodi audeat rescindere testamenta.

Aus welchen Gründen sich die Päbste ermächtiget haben, Testamentssachen unter die geistlichen Gerichte zu ziehen, und über Testamente Verordnungen zu machen, haben schon, mit Beziehung auf diese Decretale des Pabstes Alexander *III.* Ge. Lud. Böhmer [1]) und Walter [2]) gezeigt. Hier ist nun von einer Gewohnheit die Rede, welche in dem Bisthum Ostia herrschend war, nach welcher alle Testamente in den Gerichten für ungültig erklärt wurden, welche nicht, wie die Römischen Gesetze vorschreiben, die hier unter dem Namen leges humanae verstanden werden, vor sieben oder fünf Zeugen sind errichtet worden. Diese Gewohnheit verwirft hier der Papst Alexander *III.* weil sie dem göttlichen Gesetze, den Schlüssen der heiligen Väter, und dem gemeinen Kirchengebrauche entgegenstreite, nach welchen die Wahrheit in der Aussage von zwey oder drey Zeugen bestehe. Man sieht heraus, was auch Lud. Thomassinus [3]) ganz richtig bemerkt hat, daß man zur

1) Observation. iuris canon. Obs. IV. besonders §. VII.

2) A. a. O. Man vergleiche auch Brendel's Handbuch des kath. und protest. Kirchenrechts §. 159. S. 508 ff. (der 2. Aufl. Bamberg 1827. 8.)

3) Cit. loc. §. 4. pag. 153.

Zeit des Pabstes Alexander *III.* Testamente in beyden Formen, entweder nach dem Civilrechte, oder nach dem Canonischen Rechte habe errichten können. Es war nun keineswegs die Absicht des Pabstes, die römische Testamentsform vor sieben Zeugen gänzlich aufzuheben, und dagegen dem Testamente vor dem Pfarrer und zwey oder drey Zeugen nur allein Gültigkeit beyzulegen, wie Panormitanus meint. Nein, der Pabst wollte nur, daß das Testament des Canonischen Rechts mit dem Testamente des Civilrechts, welches vor 7 Zeugen errichtet worden, gleiche Gültigkeit haben solle, und verdammte daher jene eingerissene Gewohnheit, alle Testamente für ungültig zu erklären, welche nicht vor 5 oder 7 Zeugen wären errichtet worden, wie das römische Recht vorschreibe. Denn das Zeitalter des Pabstes Alexander fällt gerade in die Periode des in Italien wieder auflebenden Römischen Rechts, wo durch die neue zu Bologna sich bildende Schule der Rechtswissenschaft die Liebe und der Eifer für das Studium des Römischen Rechts dergestalt erweckt worden war, daß solches nicht nur mit einer Art von Enthusiasmus in der Schule gelehrt, sondern auch in den Gerichten angewendet wurde [4]). Da man darüber das Canonische Recht fast ganz zu vernachlässigen anfieng, so ist kein Wunder, wenn die Richter mehr nach dem Römischen als nach diesem sprachen, und daher auch Testamente für ungültig erklärten, welche nicht nach der Form des Civilrechts waren errichtet worden. Nur diese soll also die Drohung des Anathema treffen. Die Meinung des Pabstes geht demnach dahin, es soll zwar jedem die Freyheit

4) S. von Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter 3. B. Kap. 18.

zustehen, nach der Form des Römischen Rechts zu testiren; es soll aber auch die Form des Canonischen Rechts, vor dem Pfarrer und zwey Zeugen zu testiren, auf gleiche Weise begünstiget seyn, und solche Testamente sollen nicht mehr von den Richtern für ungültig erklärt werden dürfen, wie es bisher nach einer herrschend gewordenen Gewohnheit geschehen war, sondern diese soll hiermit abgeschafft seyn [5]. Der Pabst Alexander führte also hier keine neue Testamentsform ein, sondern bestätigte blos die Praxis, nach welcher ein Testament gültig vor dem Pfarrer und zwey oder drey Zeugen, welche aber doch personae idoneae seyn müssen, also gewiß keine Frauenspersonen seyn dürfen [6], errichtet werden konnte, und viele nachher in Frankreich, England und Spanien gehaltene Concilien machten es sogar den Laien zum Gesetz, daß sie nicht anders, als in Gegenwart ihres Pfarrers, testiren sollten [7]. Uebrigens ist diese Testamentsform nach dem Canonischen Recht ganz allgemein, und kann weder auf eine gewisse Art von Testamenten, z. B. auf testamenta ad pias causas, noch auf eine

5) S. *Lud.* Engel Colleg. univ. iuris Canon. Lib. III. Tit 26. nr. 12. und Krieger Diss. cit. §. III.

6) Anderer Meinung ist zwar Stryk Tr. de caut. testamentor. Cap. XIII. §. 30. weil das göttliche Recht das Zeugniß der Frauenspersonen nicht verwerfe. Ihm stimmt auch Bartholomaei Exercit. cit. §. 13. pag. 40. bey. Allein nicht blos das Civilrecht, *L.* 20. §. 6. *D. h. t.* sondern auch selbst das Canonische Recht schließt die Frauenspersonen vom Zeugniß aus. *Can.* 17. *et* 19. *C. XXXIII. Qu.* 5. *Cap.* 10. *in fin.* X. *de Verbor. Signif.* S. Krieger cit. Diss. §. XI.

7) Thomassinus c. l. §. 5. pag. 153. ff. hat die hierher gehörigen Concilien angeführt.

gewisse Classe von Personen, z. B. blos auf Geistliche beschränkt werden, wenn man nicht den klaren Worten offenbar Gewalt anthun will [8]). Der Pabst Alexander III. erfordert ja bey Vermächtnissen zu frommen Zwecken weiter nichts, als die Gegenwart von zwey oder drey Zeugen, ohne Zuziehung des Pfarrers [9]).

Mit Aufnahme des Canonischen Rechts in Deutschland, ward zwar auch die Canonische Testamentsform bekannt [10]); allein auf Anrathen der Rechtsgelehrten gab man der Form des Röm. Rechts bey Errichtung der Testamente den Vorzug, und diese ward nachher durch die Notariatsordnung Maximilians I. vom J. 1512. als durch ein allgemeines deutsches Reichsgesetz, bestätigt [11]). Hierdurch kam die Canonische Testamentsform ausser Gebrauch, sie findet daher in Deutschland, selbst in den katholischen Staaten, nicht mehr Statt [12]), wenn nicht

8) S. Krieger cit. Disquisit. §. III. und Bartholomaei cit. Exercitat. §. 6. pag. 31. sq.

9) *Cap.* 11. *X. de testam.* verbb. tribus aut duobus legitimis testibus requisitis. Des parochi geschieht hier nicht so, wie in dem vorhergehenden *cap.* 10. Erwähnung.

10) Krieger cit. Disqu. §. 5. et 6.

11) Krieger cit. Diss. §. VII. et VIII.

12) *Sam.* Stryk Caut. testam. Cap. XIII. §. 27. Höpfner in Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 450. *Paul. Jos. a* Riegger Institut. iurispr. eccles. P. III. §. 393. et 394. *Jos. Jo. Nep.* Pehem Praelect. in ius eccles. univ. P. II. §. 738. Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 694. Dabelow Handb. des heutigen Röm. deutschen Privatrechts. 1. Th. §. 1065. Der Unterschied, den Engel in colleg. iuris canon. univ. Lib. III. Tit. 26. nr. 10. zwischen Geistlichen und Laien macht, daß nämlich ein Geistli-

bewiesen werden kann, daß sie an einem Orte eingeführt oder beybehalten worden sey [13].

§. 1408. b.

Verschiedenheit der Privattestamente.

Soviel nun hiernächst die Privattestamente betrifft, so pflegt man sie gewöhnlich in solenne und nicht solenne, oder privilegirte einzutheilen, je nachdem bey denselben entweder alle vorgeschriebene Feyerlichkeiten zu beobachten, oder dieselben ganz oder zum Theil erlassen sind. Allein richtiger theilt man die Privattestamente ein in regelmäßige und unregelmäßige Testamente, je nachdem sie entweder, wie es die Regel des gemeinen Rechts erfordert, d. h. mit gewöhnlicher Feyerlichkeit münd-

cher noch jetzt nach dem Canonischen Rechte gültig testiren könne, ist, als ungegründet, mit Recht von *Xav.* Gmeiner Institut. iuris Ecclesiast. Tom. II. §. 465. Schol. pag. 377. sqq. (edit. IV. *Graecii* 1808. 8.) verworfen worden.

13) Das canonische Testament gilt z. B. in Bamberg. S. *Just.* Vrachii libell. consuetudinum principatus Bambergens. (1681. rec. 1733. 12.) Cap. ult. de testamento pag. 122 — 124. K. Baier. Verordn. vom 19. Jan. 1809. Thüringen. Richter Decis. XXVIII. pag. 228. Bartholomaei cit. Exercitat. §. 11. not. b. pag. 36. Cöln, vermöge einer unter dem Erzbischof Maximilian Heinrich gehaltenen Synode. S. *Phil.* Hedderich Elem. iuris canon. P. III. §. 100. pag. 82. (*Bonnae* 1781. 7.) Trier. Neller cit. Diss. de testamento clerici Trevirens. P. II. §. 15. Nach einer Verordnung des Churf. Carl Caspar vom J. 1698. sollen jedoch, ausser dem Pfarrer des Orts, Statt der zwey Zeugen, zwey Gerichts- oder Send-Scheffen genommen werden. Neller §. 17 — 19.

lich oder schriftlich errichtet werden, oder solche sind, welche von der gemeinen Form abweichend, besondere Eigenschaften oder Verhältnisse des Testirers voraussetzen, und daher in Gemäßheit besonderer Vorschriften bald mehr, bald weniger, bald gar keine Feyerlichkeiten erfordern. Diese irregulären Testamente sind also wieder von verschiedener Art, nämlich entweder solche, bey denen die Form noch strenger und feyerlicher ist, als bey einem gemeinen feyerlichen Testamente, wie z. B. bey dem Testamente eines Blinden (§. 1406. d. S. 26. ff.) ferner bey dem Testamente eines des Schreibens unkundigen Testators; (§. 1406. e.) diese Testamente werden ausserordentliche genennt; oder solche, bey denen die sonst gewöhnliche Feyerlichkeit ganz oder zum Theil nachgelassen ist, und also eine gelindere oder leichtere Form Statt findet. Diese letztere werden im eigentlichen Sinne privilegirte Testamente genennt [14]). Dahin gehört das Testament der Soldaten, das Testament der Eltern unter ihren Kindern, das Testament auf dem Lande, das Testament zu milden Stiftungen, und das Testament bey ansteckender Krankheit. Von diesen allen wird Lib. XXIX. Tit. 1. gehandelt werden. Es ergiebt sich hieraus, daß öffentliche Testamente, bey denen der öffentliche Glaube die Stelle der Feyerlichkeiten vertritt, hierher nicht gerechnet werden können [15]).

14) Zimmern Grundriß des Erbrechts. S. 20. und Valett Lehrbuch des pract. Pandectenrechts. 3. Bd. §. 963. vorzüglich Puchta Handb. des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen bürg. Rechtssachen. 2. Th. §. 246. S. 273.

15) S. *God. Dan.* Hoffmann Observation. quaedam testamentar. (*Tübingae* 1745. 4.) Obs. II.

§. 1409.

Gerichtliches Testament nach unserer heutigen Praxis. Ist die Gegenwart des Testirers bey einem öffentlichen Testamente schlechterdings nothwendig?

Um einem letzten Willen die Gültigkeit eines öffentlichen Testaments zu geben, es mochte vor dem Regenten oder vor dem Richter errichtet werden, war nach dem Röm. Rechte, wie bereits bemerkt worden, die offene Erklärung desselben, und zwar durch den Testirer selbst, so wie die Aufnahme desselben in die acta publica durchaus nothwendig. So belehrte uns die sehr wichtige Constitution des Kaisers Honorius, die in dem vorigen Paragraphen vollständig erklärt worden ist. Ein schriftlich verschlossenes Testament konnte dem Regenten so wenig, als dem Richter, nach dem Römischen Rechte gültig übergeben werden. Eine solche bloße Uebergabe genügte nicht, ein Testament zur Gültigkeit eines öffentlichen zu erheben. Allein die heutige Praxis ist von dieser Vorschrift des Römischen Rechts auf mehr als eine Art abgewichen. Sie läßt nämlich

1) die Uebergabe eines schriftlichen und zwar verschlossenen Testaments zu, welche dieselbe Gültigkeit hat, als die mündliche Erklärung des letzten Willens, ohne daß eine Eröffnung des versiegelten Testaments, bey der Uebergabe desselben, noch sonst eine andere Solennität für nöthig gehalten wird [16].

16) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de testamento iudiciali. (*Tubingae* 1653. 4.) Th. XI. und EJUSD. Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 51. STRYK Diss. de testamento principi vel iudici oblato. §. XXX. et XXXI. und Caut. testamentor. Cap. VII. §. 35. *Jo. Guil.* GADENDAM Diss.

2) Sie hält es auch nicht einmahl für nöthig, daß sich der Testirer zur Errichtung seines Testaments in die Gerichte selbst begebe, sondern er kann den Richter ersuchen, daß er entweder sich selbst in Person zu ihm verfüge, um sein Testament aufzunehmen, oder ihm eine Gerichtsdeputation schicke, vor welcher er entweder seinen letzten Willen mündlich zu Protocoll erklärt, oder der er sein Testament schriftlich zur Hinterlegung in dem Gerichte übergiebt [17]. Geschieht die Errichtung des Testaments durch mündliche Erklärung zu den Acten, so nennt man dieses Testament ein gerichtliches Testament im engern Sinne, (*testamentum iudiciale* in s. str.) testamentum apud acta magistratus conditum. Geschieht sie aber durch Uebergabe einer Schrift, welche

de testamento iudici per procuratorem ad acta exhibito. *Kiliae* 1770. 4. § IV. et V. Just. Claproths theor. pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 106. und §. 110. *Car. Christph.* Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom II. §. 1277. Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institut. §. 443. S. 470. Puchta Handbuch 2. Th. §. 243. S. 266. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts. 2. Bd. 5. Bch. §. 451. von Hartitzsch Erbrecht. §. 68. Roßhirt Grundlinien des Röm. Rechts. §. 111.

17) Stryk Caut. testamentor. Cap. VII. §. 34. et 35. *Ferd. Christph.* Harpprecht Disp. de testamento iudiciali. Th. VI. (in Ejusd. *Dissertation. academic.* Vol. I. Disp. XXXVI. pag. 1349. sq.) *Franc. Car.* Conradi Diss. de testamento publico, quod fit apud acta. §. XX. Claproth a. a. O. §. 112. Hofacker c. l. §. 1278. Höpfner a. a. O. *Christ. Aug.* Günther Princip. iur. Rom. priv. noviss. Tom. II. § 724. von Wening-Ingenheim a. a. O. von Hartitzsch a. a. O.

den letzten Willen enthält, so wird ein solches Testament ein dem Gerichte übergebenes Testament, *testamentum iudici oblatum*, genennt [18]). In dem ersten Falle muß der Inhalt des mündlich erklärten letzten Willens in ein förmliches Protocoll gebracht, dieses Protocoll von dem Testirer eigenhändig unterschrieben, mit dem Gerichtssiegel versiegelt, von aussen mit der Ueberschrift: „daß hierin das Testament des N. welches er am — — vor Gericht mündlich zum gerichtlichen Protocoll erklärt hat, enthalten sey" bezeichnet, und in gerichtliche Verwahrung genommen werden [19]). Kann der Testirer nicht schreiben, so muß er sein Handzeichen dem Protocolle beyfügen, in welchem Falle zur Vorsicht gewöhnlich noch ein Zeuge beygezogen zu werden pflegt, wofern die particulären Landesgesetze [20]) nicht mehrere erfordern. In dem letztern Falle aber, wenn das Testament in einer versiegelten Schrift übergeben wird, muß blos die geschehene Uebergabe protocollirt, und auch dieses Protocoll vom Testator unterschrieben werden. Das Testament wird dann blos noch mit dem Gerichtssiegel belegt, und überschrieben, dem Testator aber über die geschehene Uebergabe des Testaments ein gerichtlicher Recognitionsschein ausgefertiget. Kann der Testator nicht schreiben, sondern er hat das Testament von einem Andern schreiben lassen; so muß ihm das schriftlich übergebene Testament vorgelesen, mithin dasselbe, wenn es versiegelt übergeben

18) Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 694.

19) Lauterbach Colleg. h. t. §. 51. Claproth a. a. O. §. 111. vorzüglich Puchta angef. Handbuch 2. Th. §. 244. S. 267. ff.

20) S. Puchta a. a. O. S. 269.

worden wäre, geöffnet, und sodann in Gegenwart eines Zeugen von dem Testator mit seinem Handzeichen unterzeichnet werden [21]. Die Praxis läßt endlich

3) auch die Uebergabe eines öffentlich zu errichtenden Testaments durch einen Bevollmächtigten geschehen, wenn nur der Bevollmächtigte mit einer hinlänglich beglaubigten und speciellen Vollmacht versehen ist [22]. Ob aber diese Praxis auch den Grundsätzen einer ächten Theorie entspreche, ist eine sehr streitige Rechtsfrage. Diejenigen [23], welche sie aus der Theorie zu rechtfertigen

21) Puchta Handb. a. a. O. §. 245.

22) S. Moser von der teutschen Justizverfassung 1. Th. 2. Buch. Kap. 50. §. 14. *J. H.* Boehmeri Consil. et Decision. Tom. II. Resp. 643. *de* Canngiesser Decision. Hasso-Casselan. Tom. I. Decis. 21. Hertii Consil. Vol. I. Resp. 187. Struben's rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 134. und 4. Th. Bed. 88. Ge. Ludw. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle 3. Bdes. 2. Abth. Num. 234. S. 542—545. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLIV. medit. 4. Joh. Lud. Schmidt's hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien. 2. Bd. Nr. LXV. S. 220. ff. Ge. Jac. Fried. Meisters pract. Bemerkungen aus dem Crim- und Civilrechte. 1. Bd. Bemerk. XI. S. 81. ff. Ernst Christ. Westphals Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts h. t. §. 11. Geiger's und Glück's Rechtsfälle. 1. Bd. Nr. III. S. 43. ff.

23) *Sam.* Stryk Diss. de testamento principi vel iudici oblato. §. XVII. *Jo. God.* Kraus Diss. de testamentis controversis, praesertim publicis. (*Vitemb.* 1730. 4.) §. XXIII. et XXIV. *Jo. Flor.* Rivinus Diss. de testamento per procuratorem iudici oblato. *Lipsiae* 1735. §. IX. sqq. *God. Dan.* Hoffmann Observation. quaed. testamentar. Obs. III. *Jo. Guil.* Gadendam Diss de testamento iudici per procuratorem ad acta exhibito. *Kiliae* 1770. 4. Hofacker Princ. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1274. *Frid.*

suchen, führen folgende Gründe an. 1) Fehle es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift, daß ein schriftlich verfaßtes Testament dem Gerichte von dem Testirer in eigner Person übergeben werden müsse. Von einem mündlichen Testamente könne freylich die Rede nicht seyn. Hier erfordere die Natur des Testaments die persönliche Gegenwart des Testators. Es werde auch vorausgesetzt, daß der Testirer das Testament entweder selbst geschrieben, oder doch eigenhändig unterschrieben und versiegelt habe. Wollte man nun 2) das persönliche Erscheinen des Testirers vor Gericht zur Gültigkeit der Uebergabe des Testaments erfordern, so würde dieses eine bloße Solennität seyn. Bey einem öffentlichen Testamente seyen aber alle Förmlichkeiten erlassen. Die bloße Wahrheit der Disposition, und die dieserhalb geschehene Authorisation durch Aufnahme desselben in die Acten, sey hinreichend. 3) Die dem Kaiser überreichten Testamente würden in der *L.* 19. *C. de testam.* mit den gerichtlichen Testamenten in eine Klasse gesetzt. Man dürfe daher füglich von der einen Gattung analogisch auf die andere schließen. Bey Testamenten, die dem Princeps überreicht werden, könne nun aber die Uebergabe ohne Zweifel durch einen Procurator geschehen [24]. Denn die *L.* 19. *C. cit.* erfordere weiter nichts,

Gottl. Zoller Observation. practicae. *Lipsiae* 1780. 4. Obs II. *Ge. Sam.* Madihn Diatr. de validitate testam. non rite obl. §. 20. von Ende vermischte jurist. Abhandlungen. 1. Th. (Celle 1802. 4.) Nr. XV. §. 11. ff. S. 136. ff. Thibaut. Syst. des Pand. Rechts. 2. Bd. §. 694. Schweppe Röm. Privatrechts. §. 822. der 3. Ausgabe.

24) S. Stryk caut. testam. Cap. VIII. §. 13. sqq. Walch. Diss. de testamento principi oblato. Cap. II. §. 4. et Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. membr. III. §. 2

als ut testamentum *per supplicationem* intimetur; es gedenke nur der *oblatarum precum*, quibus insertum est testamentum. Die oblatio precum bedürfe aber keiner Solennität [25]), es solle gar nicht einmal darnach gefragt werden, durch Wen sie geschehen sey [26]). Eben so werde in der Novelle des Kaisers Valentinian *de testamentis* das Wesen eines testamenti principi oblati ausdrücklich nur darin gesetzt: *quod sufficiat in augustam notitiam pervenisse.* Daß es aber durch den Testator selbst habe zur Kenntniß des Regenten gebracht werden müssen, werde in keiner der beyden Verordnungen gesagt. Hätte dieses geschehen müssen, wozu wäre denn noch ein Beweis durch Zeugen nöthig gewesen, oblatas esse preces secundum voluntatem defuncti? Dieser Beweis setze voraus, daß die Uebergabe durch einen Bevollmächtigten geschehen seyn müsse. Denn hätte der Testirer die Supplic, die seinen letzten Willen enthielt, selbst dem Regenten überreicht, wie könnte da ein Zweifel entstehen, ob die Uebergabe dem Willen des Erblassers gemäß geschehen sey, weshalb der Erbe mit einem Beweise belästiget werden könnte? Eben dieses müsse nun auch bey gerichtlichen Testamenten Statt finden, weil die Gesetze in der Art und Weise, wie diese vor Gericht zu übergeben, nichts bestimmen, mithin dem Testator auch die Freyheit, das Testament durch einen besonders dazu Bevollmächtigten dem Gerichte übergeben zu lassen, keinesweges benehmen. Hierzu komme nun noch 4) daß auch andere Privatgeschäfte, sowohl gerichtliche, als aussergerichtliche, selbst

25) Vid. tot. Tit. Cod. *de precibus imperatori offer.* (I. 19.)

26) *L.* 6. *Cod. eodem.*

Staatshandlungen von der größten Wichtigkeit, durch Bevollmächtigte mit eben der Gültigkeit, als ob solches in eigener Person geschehen sey, vorgenommen und vollzogen werden können, so lange die Gesetze solche nicht in Person zu vollziehen verordnen. Eine solche Ausnahme hätten nun aber die Gesetze bey gerichtlichen Testamenten nicht gemacht. Das Gegentheil, daß die Insinuation des Testaments durch einen Bevollmächtigten selbst nach dem Röm. Rechte habe geschehen können, lehre die Constitution der Kaiser Valerianus und Gallienus in *L. 2. Cod. Quemadm. testam. aperiant.* (VI. 32.) In dieser sey der Fall, wo der Vater sein Testament durch seinen Sohn den Gerichten übergeben ließ, daß es daselbst insinuirt werde. Es heiße darin:

Testamenti tabulas, ad hoc tibi a patre datas, ut in patriam perferantur, affirmans, potes illuc perferre, ut secundum leges moresque locorum insinuentur, ita scilicet, ut testibus non praesentibus, adire prius vel pro tribunali, vel per libellum Rectorem provinciae procures, ac permittente eo, honestos viros adesse facias, quibus praesentibus aperiantur, et ab his rursum obsignentur.

Endlich 5) der Einwurf, daß bey der Uebergabe des Testaments durch einen Procurator ein Betrug leicht möglich sey, lasse sich dadurch aus dem Wege räumen, daß ein Betrug im Zweifel nicht vermuthet werde, sondern von dem, welcher aus diesem Grunde ein Rechtsgeschäft anfechten will, durch dringende Anzeigen dargethan werden müsse [27]. Das Testament, welches durch

27) *L. 6. C. de dolo malo.*

einen Bevollmächtigten dem Richter übergeben worden ist, müsse also solange für ächt und gültig gehalten werden, bis das Gegentheil erwiesen ist. Ueberdem werde aller Verdacht eines Betruges ausgeschlossen, wenn der Bevollmächtigte ein bekannter redlicher Mann, und überdem mit einer öffentlich beglaubigten, oder von wenigstens zwey vollgültigen Zeugen unterschriebenen Special-Vollmacht versehen ist. Ueberhaupt gebiete schon die Legalität des Gerichts, dem ein Testament durch einen Bevollmächtigten übergeben wird, mit aller Vorsicht zu Werke zu gehen, und, wofern sich auch nur der mindeste Verdacht eines Betrugs äussern sollte, demselben durch Einziehung erforderlicher Erkundigung vorzubeugen.

Allein, aller dieser Gründe ungeachtet, bestreiten die meisten Rechtsgelehrten [28]) die Gültigkeit eines durch

28) *Hartm.* PISTORIS Quaestion. iuris Lib. III. Qu. 28. nr. 9. sqq. pag. 1138. sqq. *Huld. ab* EYBEN Scripta. pag. 383. nr. 23. sqq. CARPZOV Jurispr. for. P. III. Const. 3. Def. 23. *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Diss. de testamento iudiciali. § XI. (*Dissertation. academ.* Vol. I. pag. 1359.) LAUTERBACH Diss. de testamento iudiciali. §. 14. *Jo. Ulr. de* CRAMER Observationes iuris univ. Tom. I. Obs. 17. *a* WERNHER Sel. Observation. for. Tom. I. P. IV. Obs. 64. *Jo. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. II. Not. 2. (Tom. I. pag. 358. edit. *Haubold.*) *Frid. Es. a* PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 197. EJUSD. Animadversion. iuris Nr. LXXXI. pag. 137. sq. *Jo.* HEUMANN de testatore per alios voluntatem suam apud acta declarante. §. 5. (in *Exercitation. iuris univ.* Vol. I. Specim. V.) *Wolfg. Alb.* SPIES Diss. de testamento per procuratorem non offerendo. *Altorfii* 1742. 4. Just. Claproths theor. pract. Rechtswissenschaft von

einen Procurator dem Gericht übergebenen Testaments, und stellen den Grundsatz auf, daß Testamente durchaus keinen Bevollmächtigten zulassen, wenn er auch mit einer von zwey Zeugen unterschriebenen, oder gerichtlich ausgefertigten Vollmacht versehen seyn sollte. Die Legalisirung eines gerichtlichen Testaments, und also auch die Uebergabe eines Testaments vor Gericht erfordere schlechterdings die Gegenwart des Testirers. Diese Meinung hat folgende Gründe für sich.

1) In der Uebergabe des schriftlichen Testaments vor Gericht besteht die Handlung des Testirens vor Gericht. Sie macht die Legalisirung des gerichtlichen Testaments aus, und ist das, was die Legalisirung eines schriftlichen Privattestaments vor den versammleten Zeugen ist. So wenig nun bey Errichtung eines feyerlichen Privattestaments vor sieben Zeugen ein Procurator die Stelle des Testators vertreten kann, weil nicht nur die Zeugen den Testator sehen und hören müssen,

freywilligen Gerichtshandlungen. §. 108. S. 186. ff. (der 3. Aufl Göttingen 1789.) *Jo. Ad. Th.* Kind Quaestion. for. Tom. II. Cap. 40. *Christ. Gotth.* Hübner Disputation. iuris civ. Lib. I. Cap. 3. pag. 48—57. *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. § 4. *Christ. Frid.* Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 480. in fin. (pag. 77. *edit. sec.*) Hugo Lehrb. der Pandecten. §. 108. Ad. Diet. Weber Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1409. S. 219. f. Mittermaier Grunds. des gemeinen deutsch. Privatrechts. §. 409. S. 746. (der 3. Ausg. Landshut 1827.) Wolfg. Heinrich Puchta Handb. des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen bürg. Rechtssachen. 2. Th. §. 242. S. 265. f. Car. Jul. Meno Valett Lehrb. des pract. Pandecten-Rechts. 3. Bd. §. 961. a. E. S. 219.

damit sie wissen, daß er der sey, für den er sich ausgiebt [29]), sondern auch der Testirer, nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze [30]), in Gegenwart der versammelten Zeugen erklären muß, daß dieses sein Testament sey, was er ihnen zur Unterschrift und Untersiegelung vorlegt, und diese das Testament auch in Gegenwart des Testirers unterschreiben uud untersiegeln müssen; eben so wenig kann bey einem dem Gerichte zu übergebenden Testamente ein Bevollmächtigter für den Testator erscheinen, sondern er muß es selbst seyn, der das Testament dem Gerichte überreicht. Denn daß bey einem öffentlichen Testamente, welches vor Gericht errichtet wird, die Gegenwart des Richters und des Magistrats an die Stelle der Zeugen trete, welche zu einem feyerlichen Privattestamente erfordert werden, beweist die *L.* 19. *C. de testam.* wo das öffentliche Testament dem Privattestamente gleichgestellt wird. Das öffentliche Testament hält also hierin mit dem Privattestamente gleichen Schritt, was folglich die Zeugen thun müssen, damit ihnen kein falsch Testament untergeschoben werde [31]); das muß auch der Richter thun, der die Stelle der Zeugen vertritt.

2) Die Meinung, daß ein Testament dem Richter durch einen Bevollmächtigten gültig übergeben werden

29) *L.* 9. *C. de testam.* (VI. 23.)

30) *L.* 21. *C. eodem.* Cöllner Reichsabschied vom J. 1512. Tit. von Testamenten §. 7.

31) Wie leicht sogar bey einem feyerlichen Privattestamente eine Verfälschung möglich sey, beweist ein sehr merkwürdiger Criminalfall im neuen Archiv des Criminalrechts herausgegeb. von Kleinschrod, Konopak und Mittermaier. 1. Bandes 1. St. Nr. II. S. 56—66.

könne, streitet schon gegen den Begriff eines Testaments, welcher, wie Modestinus [32]) sagt, in *voluntatis nostrae* iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, besteht. Da nun vermöge des ersten Grundes der Bevollmächtigte der Testator selbst seyn würde; so würde ein solches Testament, welches durch einen Procurator dem Gerichte übergeben wird, nicht voluntatis *propriae*, sondern *alienae* contestatio seyn.

3) Könnte ein schriftliches Testament gültig durch einen Bevollmächtigten dem Richter übergeben werden; so wäre kein Grund vorhanden, warum nicht auch eben so gut ein mündliches Testament durch einen Stellvertreter vor Gericht errichtet werden könnte, welches aber doch noch Niemand zu behaupten gewagt hat.

4) Wird ein Testament durch einen Bevollmächtigten übergeben; so beruhet die Richtigkeit desselben, und daß der Testator es gerade jetzt habe vollzogen wissen wollen, nicht in fide publica s. judiciali, wie es doch wesentlich erfordert wird, sondern nur in fide privata. Es kann also schon deswegen nicht als ein öffentliches Testament gelten.

5) Der Grund, den man von der Analogie gleichwichtiger Rechtsgeschäfte hernimmt, scheitert schon an der Betrachtung, daß die Gesetze, welche sonst so ausserordentliche Maßregeln für den Zweck der Authenticität eines Testaments nothwendig erachten, durch Zulassung eines Bevollmächtigten mit sich selbst in Widerspruch gerathen würden. Mögen auch andere Rechtsgeschäfte, welche durch Bevollmächtigte vorgenommen werden kön-

32) *L.* 1. *D. h. t.*

nen, in ihrer Art eben so wichtig, ja vielleicht, ihrem Gegenstande nach, noch wichtiger seyn, als ein Testament, so ist ja hier nicht von dieser Wichtigkeit die Rede, sondern davon, daß es a) bey jedem andern Geschäfte der Natur der Sache nach leichter ist, Betrug und Irrthum zu entdecken, und in ihren Folgen abzuwenden, als bey einem Testamente, wo den einzigen vollgültigen Zeugen der Wahrheit, den Testirer selbst, das Grab umschließt; und b) bey keinem andern Geschäfte soviel auf die Eigenschaften des Subjects, und die Art der Errichtung ankommt, als bey einem Testamente. Wie will sich der Richter von der Fähigkeit des Testirers, und der Freyheit seines Willens überzeugen, wenn der Testirer sich nicht selbst dem Richter zeigt, sondern einen Bevollmächtigten schickt. Endlich

6) Gesetze, welche die bejahende Meinung begünstigen, kann es schon darum gar nicht geben, weil sie den Gesetzen offenbar widerstreitet. Die für diese Meinung angeführten Gesetze sind daher gewiß falsch verstanden worden. Wir werden uns gleich davon näher überzeugen. Man führt für diese Meinung

a) die *L. 2. Cod. Quemadm. testam. aperiant. an.* Allein schon die Rubrik des Titels, unter welchen dieses Gesetz gestellt worden ist, hätte bey einiger Erwägung hinlängliche Ueberzeugung geben können, daß hier gar nicht von der Errichtung eines gerichtlichen Testaments die Rede seyn könne. Denn das heutige testamentum iudici oblatum war ja den Römern ohnehin gar nicht bekannt; und von dem bey denselben üblichen postremo iudicio actis iudicis aut municipum publicato handelt nur die einzige *L. 19. Cod. de testamentis.* Jenes Gesetz spricht also blos von Eröffnung

eines feyerlichen Privattestaments, welches vom Vater dem Sohne war gegeben worden, um es nach jenes Tode in dem Gerichte seiner Vaterstadt nach Vorschrift der Lex Julia vicesimaria eröffnen zu lassen, wie ich schon an einem andern Orte [33]) gezeigt habe. Wozu wäre auch ein kaiserliches Rescript nöthig gewesen, wenn hier von der Errichtung eines gerichtlichen Testaments die Rede wäre, da das Testament auf eine feyerliche Art war errichtet worden? Für die bejahende Meinung sollen aber

b) noch vorzüglich die Worte der *L.* 19. *C. de testamentis* sprechen: *Nec institutus heres pertimescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare;* welche sich, ohne daß die Uebergabe des Testaments durch einen Bevollmächtigten geschehen sey, gar nicht erklären ließen. Allein man hat sich hier offenbar getäuscht. Denn die idonei testes sind keine fremde Zeugen, welche etwa zum Beweise der Uebergabe noch besonders nöthig wären, wie man sich fälschlich eingebildet hat. Nein, es sind die nobiles probataeque personae, welche zur Zeit der Uebergabe des Testaments sich um den Regenten befanden, wie der treffliche, aber nicht gekannte Hartmann Pistoris [34]) zuerst und nur allein richtig eingesehen hat. Daß die angeführte Stelle anders nicht verstanden werden könne, lehrt der ganze Zusammenhang. Denn von andern Zeugen, als den geheimen Staatsräthen, welche zur Zeit der Uebergabe des Testaments

33) S. § 1408. S. 162. und Spangenberg im Archiv für die civilist. Praxis. 5. Bd. S. 160.

34) Quaestion. iuris Lib. III. Quaest. 28. nr. 25. pag. 1142.

um den Regenten waren, ist in dem ganzen Gesetz keine Rede, deren doch wohl hätte gedacht werden müssen, wenn man die angeführten Worte von dem Falle verstehen wollte, da die Uebergabe des Testaments im Namen des Testirers von einem Andern geschehen wäre. Noch deutlicher aber erhellet dieses daraus, weil der Kaiser unmittelbar vorher sagt: „Wer vor ihm seinen künftigen Erben oblatis precibus ernannt habe, könne versichert seyn, daß sein letzter Wille nach seinem Tode gelten und gehalten werde; aber auch der eingesetzte Erbe habe nichts zu fürchten, da er ja wegen der dem Regenten geschehenen Uebergabe des letzten Willens seines Erblassers so viel tüchtige Zeugen für sich habe." Mit diesen Worten wollte also der Gesetzgeber anzeigen, der Erbe sey vollkommen gesichert, und dürfe wegen eines andern Beweises nicht bekümmert seyn, da er ja so viele Zeugen habe, welche dem Regenten zur Seite waren, als das Testament überreicht wurde, er also, wie es vorher hieß: nobis mediis, et toto iure, quod in nostris est scriniis constitutum, teste succedire. So gesichert würde gewiß der Erbe wegen des Beweises nicht seyn, wenn die Uebergabe nicht von dem Testator selbst, sondern von einem Andern in seinem Namen geschehen wäre. Hier wäre ja der Erbe genöthiget, mit Mühe nach dem Beweise sich umzusehen, daß die Uebergabe von dem Bevollmächtigten dem Auftrage und Willen des Erblassers gemäß geschehen sey, welches aber ganz gegen die Absicht des Kaisers seyn würde. Es ist überdem in Ansehung der angeführten Worte noch besonders dieses zu erwägen, daß der Gesetzgeber nicht sage: heres nihil pertimescat, si *probare poterit* etc. sondern vielmehr gleich den Grund anführe, warum der Erbe gesichert seyn könne, wenn

er sagt: cum *possit probare*, und damit andeuten will, der Wille des Testators sey dadurch hinlänglich bewiesen, daß die den letzten Willen enthaltende Supplic dem Princeps übergeben sey, was durch das Archiv hinlänglich beurkundet wird, es sey also eine anderweite Beweisführung nicht nöthig. Aus dem allen geht nun klar hervor, daß auch bey einem dem Princeps zu überreichenden Testamente die Uebergabe von keinem Andern, als von dem Testirer selbst, geschehen könne, weil sonst der Kaiser so wenig, als diejenigen, welche sich zur Zeit der Uebergabe um ihn befinden, von der Richtigkeit und Gewißheit des letzten Willens des Testirers eine hinlängliche Wissenschaft erhalten, folglich auch keine idonei testes seyn könnten.

Daß die Gründe für die verneinende Meinung allerdings jene für die bejahende überwiegen, ist nicht schwer zu beurtheilen [35]. Der Richter, welcher ein Testament aufnimmt, das ihm durch einen Bevollmächtigten übergeben wird, wird demnach nicht nur rechtswidrig, sondern auch seiner Pflicht, unnöthige Processe zu verhüten, entgegen handeln, weil vorauszusehen ist, daß die Gültigkeit desselben angefochten werden wird, zu welchem Proceß er selbst die Veranlassung giebt.

35) Diese Meinung findet auch in mehreren Land- und Stadtrechten ihre Bestätigung. Man vergleiche das Baierische Landrecht 3. Theils 4. Kap. §. 2. Preuß. Landrecht. 1. Th. 12. Tit. §. 66. ff. Bürg. Gesetzb. für die deutsch. Erbländer der Oesterreich. Monarchie. 2. Th. 9. Hauptst. § 587. Fränk. Landgerichts-Ordnung. 3. Theils Tit. XL. §. 7. Nürnberg. Reformation vom J. 1564. f. Tit. XXIX. Ges. 1.

§. 1410.

Besondere Eigenschaften gerichtlicher Testamente.

Gerichtliche Testamente, es sey von deren Auf- oder Annahme die Rede, gehören h. z. T. zu den Handlungen der rein freywilligen Gerichtsbarkeit [36]. Sie können daher, nach der Natur solcher Gerichtshandlungen,

1) von jedem Richter auf- und angenommen werden, welcher die Civilgerichtsbarkeit hat. Denn auf die Competenz des Richters kommt nichts an, wenn der Testator auch für seine Person unter ihm nicht steht [37]. Es scheint dieß auch den Worten der *L.* 19. *C. de testam.* actis *cuiuscunque iudicis* — mentis suae postremum publicavit iudicium, zu entsprechen. Es muß nur der Richter die hierzu erforderliche Art der Gerichtsbarkeit haben, und daher auf keine bloße Gattung von Rechtssachen beschränkt seyn [38]. Zur Aufnahme eines gerichtlichen Testaments ist daher ein bloßer Criminalrichter [39] nicht berechtiget, auch kein Dorfrichter mit seinen Schöppen [40]. Denn dieser hat gar keine

36) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 194.

37) *Mich. Henr.* Gribbner Progr. de testamento iudici incompetenti oblato. *Lipsiae* 1732. *Frid. Es.* Puffendorf de iurisdictione german. P. I. Cap. IV. §. 57. und P. II. Sect. IV. Cap. un. §. 14. Puchta gerichtl. Verfahren in nichtstreitigen bürg. Rechtssachen. 2. Th. §. 243.

38) Stryk Caut. testamentor. Cap. VII. §. 24. et 25. Hofacker Princ. iur. civ. Tom. II. §. 1276.

39) Joh. Ludw. Schmidts öffentliche Rechtssprüche. Nr. XI. S. 70—74. Anderer Meinung sind jedoch Carpzov P. III. Const. III. Def. 13. nr. 5. und v. Quistorp in d. Beyträgen. Nr. XLII. S. 606.

40) Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. III. Def. 21. *Matth.* Berlich Decision. aur. P. I. Decis. 93. *a* Wernher

eigentliche Gerichtsbarkeit [41]), ein von demselben aufgenommenes Testament kann daher für ein gerichtliches Testament nicht gehalten werden, wofern ihm nicht in seiner Amtsinstruction das Recht Testamente der Dorfs-Einwohner aufnehmen zu können, ausdrücklich ertheilt worden ist [42]), oder der Gerichtsherr ihn dazu abgeordnet hat [43]).

2) Da die gerichtliche Auf- oder Annahme eines Testaments weder eine causae cognitio noch ein Decret erfordert; so kann sie auch zu jeder Zeit, selbst an Sonn- und Festtagen geschehen, weil eine solche Handlung insgemein keinen Aufschub leidet [44]).

3) Daß das Testament dem Richter immer am Orte des Gerichts übergeben werde, ist nicht nothwendig, es kann ihm auch außer der gewöhnlichen Gerichts-

Select. Observat for. Tom. II. P. X. Obs. 316. *Henr.* Brokes Select. Observation. for. Obs. 59. *Jo. God.* Kraus Diss. de testamentis controversis potissim. publicis. §. XVI. *Jo. Ad. Th.* Kind Quaestion. for. Tom. I. Cap. 110.

41) Puffendorf de iurisdict. germ. P. III. Sect. IV. Cap. un. §. 31.

42) S. Klein's merkwürdige Rechtssprüche der Hallisch. Juristen-Facultät. 4. Band. Nr. II. S. 26 ff.

43) *Henr. God.* Bauer Diss. de notione testamenti iudicialis, inprimis eius, quod ruri coram sculteto et scabinis conditum est. *Lipsiae* 1766. *Car. Ferd.* Hommel Rhapsod. quaestion. forens. Vol. I. Obs. 167. *Lud. God.* Madihn Princip. iuris Rom. de Successionib. §. 87. *Christ. Gottl.* Haubold ad *Bergeri* Oeconom. iuris Tom. I. Lib. II. Tit. IV. Th. 2. not. l. pag. 363.

44) Stryk Caut. testam. Cap. VII. §. 33.

stelle in seiner Privatwohnung übergeben werden [45]. Es hat daher auch gar keinen Zweifel, daß der Testator sein Testament vor seinen eigenen Gerichten gültig errichten, und solches daselbst hinterlegen könne [46]. Es muß nur sein eigenes alleiniges Testament seyn, nur dieses kann er durch sein richterliches Ansehen geltend machen. Bey einem wechselseitigen Testamente würde dieses mehr Bedenken finden, weil er hier zu seinem eigenen Vortheil die Richtigkeit der wechselseitigen Disposition bezeugen würde [47]. Ob das Testament aber vor einem incompetenten Richter ausserhalb Landes errichtet werden könne, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Tobias Jacob Reinharth [48]) läugnet die Gültigkeit eines solchen gerichtlichen Testaments aus dem Grunde, weil es die Heiligkeit der Territorien

45) Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLIV. med. 1. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentation. in Pand. P. II. h. t. §. 15 et 16. Christ. Fried. Imm. Schorch neue Sammlung auserles. Gutachten und Urtheilssprüche der Erfurt. Juristen-Facultät. (Erfurt 1798. 4.) Nr. XIV. nr. 54. S. 92. von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förml. Abfassung rechtl. Aufsätze, insonderheit über Handlungen der willkürl. Gerichtsbark. 2. Th. 6. Hauptabth. 3 Hptst. §. 4. Hommel Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 167. nr. 3. Claproths Rechtswiss. von freywillig. Gerichtshandlungen. §. 107. S. 181.

46) Lauterbach Diss. de testamento iudiciali Th. XX. Stryk Caut. testam. Cap. VII. §. 27. Boehmer Introduct. in ius Dig. h. t. §. 15. Claproth a. a. O. S. auch den 3. Th. dieses Commentars §. 194. S. 111. f.

47) Claproth a. a. O. S. 181. f.

48) Select. Observation. ad *Christinaei* Decision. Vol. IV. Obs. 15. pag. 8.

verbiete, welche auf keine Weise von einem Unterthan verletzt werden dürfe; keine wahrscheinliche Ursache könne auch ein solches Ueberschreiten der Grenzen des Territoriums durch Testiren entschuldigen. Denn wolle der Testator ja sein Testament vor seinen Verwandten geheimhalten, so stehe ihm ja frey bey einem andern Richter in seines Fürsten Lande sein Testament zu hinterlegen. Allein mit Recht halten Andere [49]) es für gleichgültig, ob das Testament einem Richter desselben Landes, in welchem der Testator seinen Wohnsitz hat, oder dem Richter eines fremden Landes übergeben wird. Die Landeshoheit wird dadurch auf keine Weise verletzt. Denn der Richter vertritt ja bey einem gerichtlichen Testamente nur die Stelle der Zeugen, nun sind ja auch fremde Zeugen so klassisch, als einheimische. Indessen halten doch selbst diejenigen Rechtsgelehrten, welche die richtigere Meinung behaupten, für sicherer, die Richter des Landes nicht zu übergehen, in welchem der Testator wohnt.

Noch streitiger ist jedoch die Frage, ob der Richter auch ausser seinem Gerichtssprengel in einem fremden Gerichtsbezirke ein Testament gültig auf- und annehmen könne? Im Allgemeinen ist die Frage, ob ein Richter Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit aller Orten, wo er deshalb angegangen wird, mithin auch ausser dem Bezirke seiner Jurisdiction, ja sogar

49) Lauterbach Diss. de testam. iudic. Th. XIX. Puffendorf de iurisdictione germ. P. I. Cap. IV. §. 71—74. Hofacker Princ. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1276. Valett Lehrb. des pract. Pandect. Rechts 3. Bd. §. 961.

in einem fremden Lande, gültig vornehmen könne? schon an einem andern Orte [50]) ausführlich erörtert, und verneinend entschieden worden. Diese Frage kommt nun vorzüglich bey der Auf- und Annahme gerichtlicher Testamente zur Sprache, und ist also in dieser Hinsicht von besonderer Wichtigkeit. Meinen Grundsätzen getreu, kann ich also die hier in Beziehung auf die gerichtlichen Testamente aufgeworfene streitige Rechtsfrage nicht anders als verneinend entschieden, und diese Meinung ist nach mir nochmals von Lud. Gottfr. Madihn [51]) überaus gründlich erörtert worden. Denn die freywillige Gerichtsbarkeit, so wie sie heut zu Tage beschaffen ist, ist nicht die Römische legis actio, wenn diese gleich auch einmal [52]) iurisdictio voluntaria genennet wird, und kann daher auch nicht nach den davon handelnden Gesetzen beurtheilt werden, wie ich an einem andern schon angeführten Orte gezeigt habe [53]). Sie kann so wenig, wie die streitige, außer den Grenzen des Gerichtsbezirkes ausgeübt werden. Es ist demnach die von so vielen aufgestellte Regel, daß sie auch extra territorium exercirt werden könne, offenbar unrichtig. Denn es ist sogar selbst im Römischen

50) S. den 3. Th. dieses Commentars. §. 194. S. 105. ff.

51) Miscellen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. 1. Sch. Nr. XXII. S. 113—116. Unter den neuern sind dieser Meinung auch Puchta im angef. Handbuche 2. Th. §. 243. S. 266. und Valett's Lehrb. des pract. Pandectenrechts 3. Band. § 961. S. 218.

52) *L. 2. D. de officio Procons.* (I. 16.)

53) Man vergl. Ferd. Oesterley Versuche aus dem Gebiete der sogenannten freywilligen Gerichtsbarkeit (Hannover 1830. 8.) Nr. I. §. 9. ff. S. 89. ff. Nr. II. S. 91. ff. besonders Nr. III. S. 105. ff.

Recht ganz bestimmt vorgeschrieben, daß ein Magistrat auch bey der Legis actio nie ausserhalb seines Jurisdictionsbezirks concurriren dürfe [54]. Zwar hatte eine Ausnahme beym Proconsul Statt; dieser durfte die legis actio ausüben, ehe er noch in seiner Provinz angekommen war [55]. Allein diese Ausnahme hatte in einer besondern Veranlassung ihren Grund [56], und konnte daher so wenig auf andere Römische Magistrate ausgedehnt werden, als sie h. z. T. auf unsere Richter Anwendung leidet. Ausser der Legis actio war es auch beym Proconsul Regel, daß er seine richterliche Gewalt nur in ea provincia sola ausüben durfte, quae ei decreta est, wie Ulpian [57] sagt. Jeder Richter ist blos in seinem Sprengel competent, nur in seinem Gerichtsbezirke hat er richterliche Gewalt, ausser den Grenzen desselben gilt er für weiter nichts, als eine Privatperson. So wenig also einem Richter in einem fremden Gerichtssprengel das Recht zusteht, Zeugen zu vernehmen, und andere Jurisdictionshandlungen vorzunehmen, eben so wenig kann ihm auch gestattet werden, ausser den Grenzen seines Jurisdictions-Districts Testamente auf- und anzunehmen. Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit erfordern freylich keine Competenz des Richters, aber nur in Ansehung des Testators. Dieser kann testiren, vor welchem Richter er will, auch in einem fremden Lande. Allein der Richter muß in seinem

54) *L. 3. D. de officio Praesid.* (I. 18.) *L. 1. §. 4. D. de officio Praef. urbi.* (I. 12.) S. Oesterley S. 168. f.

55) *L. 2. D. de officio Procons.*

56) Oesterley S. 169.

57) *L. 1. D. de officio Procons.*

Sprengel competent seyn. Diese verschiedenen Seiten der richterlichen Competenz sind hier offenbar verwechselt worden [58].

Wenn übrigens einige ältere Rechtsgelehrte [59] sogar die Gültigkeit eines, ausser der gewöhnlichen Gerichtsstelle, in dem Hause des Testirers aufgenommenen Testaments haben bezweifeln wollen; so möchte sich diese Meinung wohl aus dem Rechte des Mittelalters, welches auch noch nicht überall in Deutschland durch das Röm. Recht verdrängt ist, rechtfertigen lassen, nach welchem Testamente nur vor gehegtem Gerichte von solchen, die noch bey vollkommener Körper-Kraft und Gesundheit, ungehabt und ungestabt, vor demselben erscheinen konnten, errichtet wurden, und errichtet werden konnten [60]. Nachdem aber auch in der Folge den Kranken gerichtlich zu testiren gestattet wurde, die doch nicht mehr selbst vor Gericht erscheinen konnten; so ward

58) Ueber alle in diesem §. vorgetragenen Sätze ist noch vorzüglich zu vergleichen die mehrmals angeführte Dissertation von *Christ. Benjam.* Uber de validitate testamenti non rite oblati, praes. *Ge. Sam.* Madihn def. §. XIX.

59) *Herm.* Vultejus Consil. Marburgens. Nr. XXXIV. 55. Gilken ad L. 19. C. de testam. u. a.

60) Man vergleiche hier die sehr gelehrte Abhandlung von *Jo. Ad.* Kopp de testamentis Germanorum iudicialibus et sub dio conditis vulgo ungehabt und ungestabt. *Francof. ad Moen.* 1736. 4. §. 10.—§. 13. Man vergleiche auch *Henr. Christ. de* Senckenberg Disquisit. de testam. publici origine et solennitat. Cap. III. §. 10. sqq. und *Jo. Christph.* Balser libell. sing. de forma testamenti iudicialis externa. (*Giessae* 1745. 4.) Cap. III. §. 74.

nun durch die Praxis auch die Aufnahme gerichtlicher Testamente, ausser der ordentlichen Gerichtsstelle, im Hause des Testirers von einer Gerichts-Deputation eingeführt, und der Grundsatz geltend, ubi iudex, ibi iudicium. Jetzt beruht aber jene Meinung auf dem offenbaren Irrwahne, als ob Gerichtsacten nur an ordentlicher Gerichtsstelle verfaßt werden könnten. Mit Recht ist daher diese irrige Meinung nun allgemein verworfen [61]), und sie kann schon darum gar keine Aufmerksamkeit verdienen, weil für die Gültigkeit der Aufnahme eines gerichtlichen Testaments in der Privatwohnung des Testirers die tägliche Praxis spricht. Zwar sollte dieses freylich nur in dem Falle gestattet seyn, wenn der Testator wegen Alters-Schwäche, oder Krankheit nicht selbst vor Gericht erscheinen kann; oder wenn der Stand der Person eine Ausnahme von der Regel zu machen erfordert [62]); man pflegt jedoch in der Praxis auch dieses nicht so genau zu nehmen [63]). Immer setzt aber die Aufnahme des Testaments in der Privatwohnung des Testirers die Abordnung einer dazu erforderlichen Gerichts-Deputation voraus, um welche der Testirer nachsuchen muß. Ob diese Nachsuchung schriftlich, oder mündlich zu Protokoll durch einen Bevollmächtigten geschieht, ist

61) Berlich Conclus. pract. P. III. Concl. IV. nr. 10—13. Carpzov Decision. illustr. P. II. Decis. 148. *God. Lud.* Mencken Diss. de testamento iudiciali extra locum iudicii condito. *Vitemb.* 1716. 4. Kraus Diss. de testamentis controvers. §. XXVII. Schorch neue Sammlung auserles. Gutachten und Urtheilssprüche der Erfurt. Juristen Facultät. Nr. XIV. Qu. 5. S. 91 f.

62) Madihn Princip. iur. Rom. de Successionib. §. 85.

63) Claproth angef. Rechtswissenschaft §. 112.

gleichviel, weil sie die Testamentshandlung selbst nicht ist. Daher schadet auch der Mangel einer Vollmacht nicht, wenn nur der Testirer das Ansuchen beym Erscheinen der Gerichtsdeputation bestätiget [64]. Ueber die Requisition muß jedoch ein Protokoll verfaßt werden, dem die Resolution beygefügt wird, in welcher die abzuordnenden Mitglieder des Gerichts ernannt werden, mit dem Auftrage sich zum Testator zu verfügen, und in seiner Wohnung das Testament aufzunehmen [65].

§. 1411.

Form eines gerichtlichen Testaments.

Ein gerichtliches Testament kann nun also entweder an der ordentlichen Gerichtsstelle, und zwar entweder vor versammeltem Gerichte, oder auch, was gewöhnlich geschieht, vor einer Deputation des Gerichts, errichtet, und zwar entweder mündlich zu gerichtlichem Protokoll erklärt, oder schriftlich, offen oder versiegelt, zur Annahme und Aufbewahrung übergeben werden; oder das Testament kann auch ausser der gewöhnlichen Gerichtsstelle, in der Privatwohnung des Richters, oder des Testirers aufgenommen werden [66]. Wie nun aber die Aufnahme des Testaments selbst, und vor welchen Gerichtspersonen sie zu vollziehen sey, kommt zunächst auf die besondern Vorschriften der Particulargesetze eines jeden Landes an [67].

64) Puchta Handb. 2 Th. §. 245. S. 271.

65) Claproth a. a. O. S. 195.

66) S. von Trützschler Anweisung. Th. 2. 6. Hptabth. 3. Hptst. §. 3—5. Wernher lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 16. und Puchta Handbuch. 2 Th. §. 243.

67) Beyspiele führen Heumann de iure testam. apud acta

Wo diese keine bestimmte Form für die gerichtlichen Testamente vorschreiben, da muß das, was zur gültigen Aufnahme eines gerichtlichen Testaments erfordert wird, theils aus der Verfassung eines jeden Gerichts, theils aus den allgemeinen Regeln von Aufnahme und Beglaubigung gerichtlicher Handlungen, theils aus dem Gerichtsgebrauche beurtheilt werden.

Zunächst dient also die Verfassung des Gerichts zur Norm [68]. Das Gericht besteht nun entweder aus einzelnen Personen, oder es bildet ein Collegium. Im ersten Falle, wenn das Gericht auch nur aus einer einzigen Person bestehen sollte, welche als Richter und zugleich als Actuar beeidiget ist; so kann vor einem solchen Richter, so wie jede andere Gerichtshandlung, also auch die Aufnahme eines gerichtlichen Testaments gültig vollzogen werden [69]. Denn wer kann einem solchen

cond. in *Exercitation. iuris.* Vol. I. Ex. 2. *Jo. Ad.* Kopp Specim. de testamentis Germanor. judicialibus. §. 12. Senckenberg Diss. de testament. public. Cap. IV. und *Jac. Frid.* Ludovici Diss. de actuarii praesentia in actu testandi. (*Halae* 1712. 4.) §. 18—32. an.

68) Man vergleiche hier vorzüglich Balser libell. cit. de forma testamenti iudicial. externa. §. LXXIX. — §. LXXXI. und *Christph. Ignat.* Wiese Progr. quo testamentum coram satrapa et satrapiae scriba conditum iure statutario Moguntino validum esse demonstrat. *Moguntiae* 1784. 4. Cap. II. §. 1 et 2.

69) Wiese cit. Progr. Cap. II. §. 3. *Pet.* Müller ad *Struvium* Tom. II. Exercit. XXXII. Th. 9. not. π. pag. 645. *Jo. God.* Schaumburg Comp. iuris Dig. h. t. §. 13. in fin. *Frid.* Behmer Nov. ius controvers. Tom. II. Obs. 64. pag. 423 sqq. Balser cit. lib. §. 80. Fratr. Becmannorum Consil. et Decision. P. I. Cons. XXXVII.

Testamente den gerichtlichen Glauben absprechen? und mehr wird ja zur wesentlichen Gültigkeit eines gerichtlichen Testaments nicht erfordert, als daß es den Gerichtsacten einverleibt werde. Hellfeld und mehrere andere Rechtsgelehrte [70]), wollen zwar in diesem Falle noch die Zuziehung einer oder zweyer glaubwürdiger Personen bey der Aufnahme eines gerichtlichen Testaments für nöthig halten, weil das Canonische Recht [71]) dieses vorschreibe, und nach ausdrücklicher Verordnung desselben, namentlich si super testamentis quaestio agitetur, den Worten eines Richters allein, er sey von welchem Ansehen er wolle, gar nicht geglaubt werden solle [72]). Allein ist eine solche Zuziehung von Zeugen dem Richter bey der Aufnahme der Testamente nicht ausdrücklich in seiner Amts-Instruction vorgeschrieben, und sind auch

nr. 14. pag. 426. Uber (*Ge. Sam.* Madihn) Diatr. cit. de validitate testam. non rite oblati. §. XVIII. pag. 63. *Lud. God.* Madihn Princ. iur. Rom. de Successionib. §. 86. besonders Christ. Fried. Imm. Schorch neue Samml. auserles. Gutachten und Urthelssprüche der Erfurt. Jurist. Facultät. (Erfurt 1798. 4.) Nr. XIX. S. 124 — 128. Ernst Christ. Westphal's Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürg. Rechts. 1. B. h. t. §. 8. und 2. Bd. Nr. 42. S. 6. und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen. 7. Bd. Erört. XXVIII. S. 69.

70) Joh. Lud. Schmidt's öffentl. Rechtssprüche. 1. Abschn. Nr. VII. §. 5 und 6. S. 52 f. *Jo. Just.* Schierschmid Diss. de testamento coram solo iudice non conficiendo. (*Erlangae* 1764. 4.) §. XIII. von Hartitzsch Erbrecht. §. 71. und Valett Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. Bd. §. 961. S. 219.

71) *Cap.* 11. X. *de probat.*

72) *Cap.* 28. X. *de testib.*

keine Schöppen bey dem Gerichte vorhanden; so macht die einzige Person, in welcher das Amt des Richters und Actuars vereinigt ist, das ganze Gericht aus, und auf ihren Gerichtsacten beruht der gerichtliche Glaube, wodurch ein gerichtliches Testament seine Gültigkeit erhält [73]. Auf diese Art der deutschen Gerichtsverfassung finden daher jene Vorschriften des Canonischen Rechts keine Anwendung, über welche sich die Praxis ohnehin schon längst, besonders bey der heutigen Aufnahme gerichtlicher Testamente, hinweggesetzt hat [74]. Diese huldiget vielmehr dem vernünftigeren Grundsatze des Römischen Rechts [75]: Superfluum est privatum testimonium, cum publica monumenta sufficiant [76].

Wenn ferner das Gericht aus zwey verschiedenen Personen, dem Richter und Actuarius, besteht; so kann der Richter allein mit seinem Gerichtsschreiber gerichtliche Testamente gültig aufnehmen, ohne Zuziehung anderer Personen zu Zeugen [77], weil das Gericht nach seiner Verfassung blos aus jenen beyden Personen besteht, und also auf ihnen der ganze

73) S. Balser de forma testam. iudic. exter. §. LXXXIV. vorzüglich Lauterbach Diss. de testamento iudiciali. Th. XV. et XVI.

74) *Jac. Frid.* Ludovici Diss. de actuarii praesentia in actu testandi. §. XXXV. Westphals Rechtsgutachten 2. Bd. Nr. 42. S. 5. n. 4. Schorch neue Samml. auserles. Gutachten und Urthelsspr. Nr. XIX. S. 127. nr. 12.

75) *L. 31. C. de donat.* (VIII. 54.)

76) *Fr. Car.* Conradi Diss. cit. de testam. public. quod fit apud acta. §. XVI. und Struben rechtliche Bedenken. 2 Th. Bed. LI. S. 172.

77) Puffendorf de iurisdict. germ. P. I. Cap. IV. §. 71.

gerichtliche Glaube beruht [78]. Es kann aber auch der Richter dem Actuar seine Stelle auftragen [79], und das von dem Actuar allein, als Stellvertretern des Richters, aufgenommene Testament ist als ein gültiges gerichtliches Testament anzusehen [80]. Ob auch der Richter allein ohne Zuziehung des Actuarius gültig ein Testament aufnehmen könne, ist grösserem Zweifel unterworfen. Hellfeld macht einen Unterschied, ob das Testament dem Richter schriftlich übergeben, oder ob es vor ihm mündlich durch Erklärung zu Protokoll errichtet wird. Im ersten Falle soll die bloße Gegenwart des Richters genügen, im andern aber könne der Richter allein, ohne den Actuar, das Testament nicht aufnehmen, weil nicht der Richter, sondern nur der Actuar zum Protokolliren verpflichtet sey. Carl Fried. Walch [81]) unterscheidet daher, ob der Richter auch zugleich zum Protokolliren verpflichtet worden sey, oder nicht. Nur im letztern, aber nicht im ersten Falle sey die Zuziehung des Actuarius nöthig. Eben dieser Meinung ist auch Lud. Gottfr. Madihn [82]. Andere [83]) hingegen be-

78) Wiese Progr. cit. Cap. II. §. 3. Westphals Rechtsgutachten 2. Bd. Nr 45. S. 15. n. 10 ff.

79) *Cap. ult. X. de officio et potest. iud. deleg.*

80) *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLIV. medit. 3. *Car. Frid.* Walch Introd. in controvers. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 6. pag. 294 sq. Geigers und Glück's merkwürd. Rechtsfälle und Abhandlungen. 1 Bd. Nr. X. §. 6. S. 192.

81) Introd. in controv. iuris civ. c. l. §. 5. pag. 294.

82) Princip. iur. Rom. de Succession. §. 85. in fin. Man sehe auch Thibaut Syst. des Pandecten-Rechts. 2. Bd. §. 694.

83) Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. P. II. h. t

haupten, daß ein gerichtliches Testament dem Richter auch in der Abwesenheit des Actuars sowohl gültig übergeben, als von ihm mündlich zu Protokoll aufgenommen werden könne; weil bey Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit der Richter zugleich die Stelle eines Actuarius versehen könne [84]), und nach dieser Meinung ist auch schon in der ältern Praxis gesprochen worden [85]).

Ich komme auf den zweyten Fall, wenn das Gericht ein Collegium bildet. In diesem Falle hängt in der Regel, sofern die besondern Gesetze des Landes oder Orts darüber nichts bestimmt haben, sowohl die Anzahl, als die Wahl der Mitglieder des Gerichts, welche zur Aufnahme eines Testaments in vorkommenden einzelnen Fällen abzuordnen sind, von dem Ermessen des Collegiums ab [86]), dem Testirer hingegen kann hierin eine Befug-

§. 49. *Jo Henr. de* Berger Oecon. iuris. Lib. II. Tit. IV. Th. II. Not. 5. (Tom. I. pag. 360. edit. *Haubold.*) *Aug.* a Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLIV. medit. 2. pag. 607. Dav. Ge. Struben rechtl. Bedenken. 2. Th. Bed. LI. *Jo. God.* Kraus Diss. de testamentis controvers. potissim. publicis. §. XXXIX. *Fratrum* Becmannorum Consil. et Decision. P. I. Consil. XXXVII. Qu. 2. nr. 15. pag. 426.

84) a Leyser Meditat. Vol. II. Specim. LXXI. medit. 5.

85) Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. III. Def. 15. Richter P. I. Decis. 30. *Just. Henn.* Boehmer Consultat. et Decision. Tom. III. P. III. Decis. 509. pag. 85 sqq. und Joh. Ulr. von Cramer Wetzlar. Nebenstunden. 10. Th. 6. Abh. S. 73 ff.

86) Balser lib. de forma testam. iudic. externa. §. 77. §. 81. et §. 86. Wiese cit. Progr. Cap. II. §. 4. besonders Joh. Christ. Quistorps Beyträge zur Erläuter. verschied. Rechts-Materien. (Rost. u. Leipz. 1787. 8.) Nr. XLII. S. 611. ff.

niß, die abzuordnenden Mitglieder des Gerichts, nach eignem Belieben, selbst zu wählen, nicht eingeräumt werden, es müßte denn das Gericht, dem Verlangen des Testirers hierin nachzugeben, unbedenklich finden [87]. Die herrschend gewordene Meinung, daß immer wenigstens zwey Mitglieder des Gerichts zur Aufnahme eines Testaments abgeordnet werden müßten, wenn es als ein gerichtliches gelten soll [88], läßt sich als gemeines Recht nicht beweisen [89]. Es ist auch nicht nothwendig, daß sich unter den Abgeordneten des Gerichts nothwendig der Actuarius befinden müsse, wie Balser [90] sehr gründlich ausgeführt hat.

Den sichersten Weg geht jedoch immer der Richter, wenn er in einem solchen Falle, wo die Particulargesetze keine bestimmte Form für die Aufnahme gerichtlicher Testamente vorschreiben, zu seinem Hauptaugenmerk macht, was die Gewißheit und Zuverlässigkeit der Disposition erheischt, und bey Aufnahme eines gerichtlichen Testaments dasjenige beobachtet, was zur gerichtlichen Beglaubigung einer jeden andern vor Gericht zu vollziehenden Handlung erfordert wird. Diese besteht in der in Gegenwart des Richters, oder eines zum Richteramte befähigten Abgeordneten, von einem Actuar, oder vereideten Protokollführer zu Protokoll geschehenen

87) S. Quistorps Beyträge a. a. O. S. 613—616.

88) Carpzov P. III. Const. III. Def. 17. Wernher select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 26. Berger Oecon. iuris. Lib. II. Tit. IV. Th. II. Not. 4. *Jo. Ulr. de* Cramer Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 924. Quistorps Beyträge a. a. O. S. 611.

89) S. Balser lib. cit. §. LXXXV. — LXXXVII.

90) Cit. lib. §. 88. — §. 91. pag. 89 — 94.

Niederschreibung [91]. Zur Form eines gerichtlich aufzunehmenden Testaments gehört also nicht mehr, als überhaupt zur Gültigkeit eines gerichtlichen Protokolls nöthig ist [92].

§. 1411. a.

Verliert ein gerichtliches Testament durch die Zurücknahme desselben von den Acten seine Gültigkeit?

Noch entsteht die sehr streitige Rechtsfrage, ob zur Gültigkeit eines gerichtlichen Testaments erfordert werde, daß es bis zum Absterben des Testirers in gerichtlicher Verwahrung bleibe, und ob also dasselbe durch Zurücknahme aus dem Gericht den öffentlichen Glauben, mithin seine Gültigkeit verliere, oder nicht? Es ist damit die Frage nicht zu verwechseln, ob ein gerichtliches Testament wegen der Zurücknahme aus dem Gericht für widerrufen und aufgehoben zu halten sey? welche Hellfeld §. 1429. a. E. berührt. Diese Frage ist von jener abhängig. Denn verliert das Testament schon an sich durch die Zurücknahme von den Acten seine Gültigkeit; so ist die Frage, ob es für widerrufen zu halten sey, oder nicht, ganz überflüssig. Diese Frage ist daher eine bloße quaestio facti [93], jene aber, welche hier zu erörtern ist, eine quaestio iuris. Die Ansichten der Rechtsgelehrten sind

91) S. Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürg. Rechtssachen. 2. Th. §. 243.

92) S. Mittermaiers Grundſ. des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 409. Man verbinde damit Puchta angef. Handbuch. 1 Th. §. 113. S. 291 ff.

93) S. Spangenbergs Beytrag zu der Lehre von Testamenten, im Archiv für die civilist. Praxis. 5. Bd. S. 171.

nun darüber sehr verschieden. Viele [94]) halten die Aufbewahrung des Testaments im Gericht zur Gültigkeit eines gerichtlichen Testaments für wesentlich nothwendig. Sie meinen daher, es verliere durch die Zurücknahme von den Acten seine Gültigkeit. Denn bleibe das Testament nicht bey den Acten bis zur Publication d. h. bis es nach dem Tode des Testirers eröffnet wird; so fehle es a) an der Form eines gerichtlichen Testaments, welche eben darin bestehe, daß es den Gerichtsacten einverleibt, und mit denselben verbunden werde, es könne also nicht mehr als ein gerichtliches gelten, wenn es durch Zurücknahme von den Acten sey getrennet worden. Es fehle aber auch nun b) an der vollkommenen und unzweifelhaften Gewißheit, welche nur dann vorhanden sey, wenn das Testament bis zu seiner Eröffnung in gerichtlicher Verwahrung geblieben sey. Denn eben deswegen werde in der *L.* 19. *C. de testamentis* gesagt: öffentliche Testamente überwögen die Feyerlichkeiten aller andern Testamente, weil sie durch Aufbewahrung im Gericht gegen alle Verfälschung gesichert sind. Wer könne nun aber dafür stehen, daß das Testament, welches nach dem Tode des Testirers in seiner Verwahrung gefunden wird, noch

94) *Sigism.* FINCKELTHAUS Observat. pract. Obs. XII. §. ult. GRUPEN Observat. II. de forma testamentor. iudicial. §. 3. pag. 109 sq. et §. 4. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. V. Obs. 643. nr. 11. *Rud. Christph.* HENNE Diss. de testamento publico per repetitionem ab actis vel scriniis principis rupto. *Erford.* 1767. 4. *Jo. Dan.* LUGENHEIM Diss. de testamento iudiciali per repetitionem ab actis infirmato. *Altorfii* 1771. 4. Dan. Nettelbladt Versuch einer Anleitung zur ganzen practisch. Rechtsgelahrtheit. §. 975. S. 503. (der 3ten vermehrt. Aufl. Halle 1784. 8.)

dasselbe sey, was er bey Errichtung desselben zu den Acten gebracht hat? Andere [95]) hingegen machen einen Unterschied, ob von einem schriftlichen Testamente die Rede sey, welches dem Gericht übergeben worden, oder von einem mündlichen Testamente, welches der Testator bey Gericht zu Protokoll erklärt hat. Jenes müsse in gerichtlicher Verwahrung verbleiben, und es könne nicht mehr als ein gerichtliches gelten, wenn dasselbe auf Verlangen des Testators von dem Richter, obgleich das Couvert noch mit dem Gerichtssiegel versehen ist, zurückgegeben werde, weil es nur gar zu leicht der Verfälschung in dem Privatbesitze des Testators unterworfen seyn würde. Es zeige auch schon selbst die Oblation die Nothwendigkeit einer gerichtlichen Verwahrung an, indem nicht etwa, damit das Gerichtssiegel auf das Couvert gesetzt werde, sondern damit das Testament von dem Richter verwahrt werde, die Oblation geschehe. Allein bey dem mündlichen gerichtlichen Testamente falle alle mögliche Verfälschung weg, wenn solches auch in der Privat-Gewahrsame des Testators nach seinem Tode angetroffen werde. Denn die Unterschrift des Richters, die Handschrift des Actuars, und das Gerichtssiegel bewiesen die Richtigkeit und Authenticität der Urkunde hinlänglich. Es brauche daher dasselbe in der Gerichtsstelle so wenig, wie andere gerichtliche Urkunden, aufbewahrt zu werden, und müsse als ein gerichtliches Testament gültig und bewei-

95) *Jo.* Schilter Praxis iuris Rom. Exercit. XXXVIII. §. 71 et 72. *Lud. God.* Madihn Princip. iuris Rom. de Successionib. §. 172. in fin. und Desselben Miscellen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. 1. Sch. (Breslau 1814. 8.) Nr. XXI.

send seyn, wenn nicht das Landesgesetz etwas anderes enthalte.

Allein die meisten Rechtsgelehrten[96]) sind jetzt darin einverstanden, daß zur Gültigkeit eines gerichtlichen Testaments die beständige Aufbewahrung desselben in dem Orte des Gerichts, bis zum Absterben des Testirers, für

96) STRYK Caut. testamentor. Cap. VII. §. 45—47. *Casp.* MANZ Tr. de testam. valido vel invalido Tit. XXI. §. 36. pag. 1232. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 52. LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLIX. medit. 13. *a* PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 153. *Frid.* BEHMER Nov. ius controvers. Obs. LVI. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Memb. III. §. 7. pag. 295 sq. et Membr. IV. §. 11. pag. 357 sq. Just. Claproths theor. pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 115. S. 207 ff. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. Bd. 1. Meditat. Ge. Jac. Fried. Meister's pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 1. Bd. Bemerk. XI. 2te Frage. S. 85 f. Joh. Ludw. Schmidt's hinterlass. Abhandlungen verschied. practischer Rechtsmaterien. 2. Bd. Nr. IV. S. 11 f. Carl Ge. von Zangen Beyträge zum Teutschen Recht. (Giessen 1788. 8.) S. 251 f. Thibaut System des Pand. Rechts. 2. Bd. §. 694. a. E. S. 133. (der 7. Ausg.) Ernst. Christ. Westphal's Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts. 1. B. h. t. §. 12. S. 149. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 822. Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 7. Bd. Nr. LXXXII. S. 249—252. Wolfg. Heinr. Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitig. bürgerl. Rechtssachen. 2. Th. §. 245. S. 272. Weber's Erläuterungen der Pandect. 2. Th. §. 1429. n. 3. S. 231 f. und von Hartitzsch Erbrecht. §. 74. S. 66.

kein so wesentliches und nothwendiges Erforderniß zu halten sey, daß, wenn der Testator solches aus dem Gericht zurückgenommen, dasselbe hierdurch seine Kraft und Gültigkeit verliere, wenn das zurückgenommene Testament nur noch die Zeichen der gerichtlichen Beglaubigung unverletzt an sich führt, ohne Unterschied, es sey das Testament mündlich vom Testator zu Protokoll erklärt, oder dem Gerichte schriftlich übergeben worden. Diese Meinung verdient auch allerdings den Vorzug. Denn daß ein gerichtliches Testament auch in gerichtlicher Verwahrung bleiben müsse, und diese gerichtliche Aufbewahrung einen wesentlichen Theil des gerichtlichen Testaments ausmache, ist im gemeinen Rechte nirgends vorgeschrieben. Aus den Worten der *L.* 19. *Cod. de testam.* Securus erit, *qui actis cuiuscunque iudicis*, *aut municipum — mentis suae postremum publicavit iudicium*, läßt sich wenigstens ein solches Erforderniß nicht beweisen. Das gerichtliche Testament, welches die Römer kannten, bestand nicht in der Uebergabe eines schriftlichen Testaments, denn diese Form gerichtlicher Testamente ist blos durch den deutschen Gerichtsgebrauch geltend geworden, sondern es bestand seiner Form nach blos darin, daß der Testirer seinen letzten Willen mündlich zu Protokoll erklärte [97]. Dieß heißt hier actis iudicis mentis suae postremum *publicare* iudicium, wie das Wort *publicare* auch in andern Gesetzen [98] vorkommt. Das Wesen des den Römern be-

97) S. von Savigny Gesch. des Röm. Rechts 1. Bd S. 82. und Spangenbergs Beytrag zur Lehre von Testamenten, im Archiv für die civil. Praxis. 5. B S. 159.

98) *L.* 30. 31. 32 *et* 36. *C. de testam.* S. Brisson. voc. *publicare*.

kannten gerichtlichen Testaments beruhte also blos in der gerichtlichen Verlautbarung des letzten Willens. Denn es handelte sich nur von einem Surrogate für die beschwerlichen äussern Solennien der Privattestamente. Das Ansehen des Richters soll hier die Stelle dieser Solennitäten vertreten, so wie das gerichtliche Zeugniß die Gewißheit des letzten Willens beurkunden. Eine Aufbewahrung im Orte des Gerichts wird nicht erfordert, und ist auch unter dem *publicare* nicht mit begriffen. Denn dieser Ausdruck bezeichnet nur den Act der Testamentserrichtung, geht aber nicht auch auf die Aufbewahrung des gerichtlich erklärten letzten Willens im Gericht bis zum Tode des Testirers. Denn dieß müßte deutlicher bestimmt seyn. Es kann also auch die Gültigkeit desselben nicht von der Aufbewahrung im Gericht abhängen, nein, das gerichtliche Testament gilt nach dem gemeinen Rechte blos wegen des gerichtlichen Glaubens, und richterlichen Ansehens, unter welchem es errichtet worden ist. Warum sollte also dem Testirer sein gerichtlich beglaubigtes Testament nicht eben so, wie die Urkunde über eine andere vor Gericht vollzogene Handlung, zur eigenen Aufbewahrung übergeben werden können? Von einem schriftlichen dem Gerichte übergebenen Testamente ist nun vollends im Röm. Rechte gar keine Rede, noch weniger kann also die Nothwendigkeit der Verwahrung desselben im Gericht aus dem gemeinem Rechte erwiesen werden. Man will zwar einen Beweis dafür in der *L.* 18. *C. de testam.* einer Verordnung der Kaiser Arcadius und Honorius, gefunden haben, welche folgendermassen lautet:

Testamenta omnia, ceteraque, quae apud offi-

cium censuale publicari solent, in eodem loco reserventur [99]), nec usquam permittatur fieri ulla translatio. Mos namque retinendus est fidelissimae vetustatis: quem si quis in hac urbe voluerit mutare, irritam mortuorum videri faciet voluntatem.

Allein hier ist nicht von gerichtlichen, sondern von Privat-Testamenten, also auch nicht von einer gerichtlichen Uebergabe der Testamente, sondern blos von gerichtlicher Eröffnung der Privattestamente die Rede, welche um der von testamentarischen Erbschaften zu entrichtenden vicesima willen vor Gericht, und zwar beym Censual-Amte geschehen mußte, dessen Vorstand der magister census war, unter welchem die Censualen standen [100]). Diese Eröffnung bezog sich aber nur auf die feyerlichen Testamente, also auf diejenigen, die nicht schon vor Gericht verfer-

99) Im Theodos. Codex Lib. IV. Tit. 4. c. 4. de testamentis, heißt es *reserentur* statt reserventur. Dieser Lesart giebt *Ant.* Contius Lection. subsecivar. Lib. II. Cap. 16. (*Oper.* pag. 100 sqq.) den Vorzug; allein man s. *Jac.* Gothofredi Commentar. ad L. 4. cit. Tom. I. Cod. Theod. pag. 381. (edit. *Ritter.*)

100) Von diesem officio censuali, und dem magistro census haben ausführlich gehandelt *Guid.* Pancirolus in Commentar. in notitiam Imperii Occidental. Cap. X. pag. 21. sq. und in Thesauro variar. lection. Lib. II. Cap. 151. pag. 323. sqq. auch *Jac.* Gutherius de officiis domus August. Lib. III. Cap. 9. pag. 490. und Walch Controv. iur. pag. 357. not. *). Von der vicesima hereditatum aber vorzüglich *Car. Frid.* Schubert Diss. de iustitia transactionis testamenti nondum inspectis tabulis ob sublatam vicesimam hereditatum. *Helmst.* 1749. 4. §. VIII. — XX.

tigt waren [1]. Die feyerlichen, also versiegelten, Testamente mußten, nach dem Recht des damaligen Zeitalters, längstens fünf Tage nach des Testators Tode vor Gericht gebracht, eröffnet, verlesen, wieder versiegelt, und in der gerichtlichen Registratur aufbewahret werden [2]. Diese Eröffnung durfte bey keiner andern Behörde, als bey dem magistro census, geschehen, die Erben, welche das officium censuale übergingen, machten sich sonst der Vortheile aus dem Testamente verlustig. Kaiser Justinus hat jedoch diese Strafe aufgehoben, und sie in eine Geldstrafe verwandelt [3]. Es fehlt demnach an allem Beweise aus dem gemeinem Rechte. Soll also die gerichtliche Aufbewahrung schlechterdings einen wesentlichen Theil des gerichtlichen Testaments ausmachen, und dessen Zurücknahme aus dem Gericht Nichtigkeit desselben zur Folge haben, so muß dieses im Landesgesetz [4] vorgeschrieben seyn. Der Grund, welcher unserer Meinung vorzüglich entgegengesetzt wird, daß nämlich, wenn das Testament nicht im Orte des Gerichts aufbewahrt bliebe, eine Verfälschung oder Unterschiebung leicht mög-

1) S. von Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter. 1. Bd. Kap. 2. S. 84 f.

2) Paulus *Sentent. Recept.* Lib. IV. Tit. 6. *Digest.* Lib. XXIX. Tit. 3. *Cod. Justin.* Lib. VI. Tit. 32. von Savigny a. a. O. und *Ern.* Spangenberg Juris Roman. tabulae negotior. solemn. superstit. (*Lipsiae* 1822. 8.) Nr. XIV. pag. 91. sqq. et pag. 95. not. 1.

3) *L.* 23. *C. de testament.* S. Schubert Diss. cit. §. XXII.

4) Eine solche Vorschrift enthalten z. B. das allgem. Preuß. Landrecht 1. Th. 12. Tit. §. 565. und 566. Das Baierische Landrecht 3. Th. 4. Kap §. 2. nr. 16. Das Hohenlohische Landrecht. Tit. VIII. §. 2. u. a. m.

lich sey, betrifft eine bloße quaestio facti, kann also nicht zum Beweise dienen, daß ein gerichtliches Testament durch das bloße Factum der Zurücknahme seine Gültigkeit verliere. Eine Verfälschung wird ja überhaupt nicht vermuthet, und muß bewiesen werden. Der ganze Grund aber wird beseitiget, wenn das Testament in der Gewahrsam des Erblassers so, wie es dem Gericht übergeben worden, mit derselben gerichtlichen Verzeichnung und dem Gerichtssiegel unverletzt gefunden wird.

§. 1412.

Regelmäßige Privattestamente. Kurze Geschichte ihrer Entstehung, nach dem ältern Civilrechte, prätorischen Rechte, und den Constitutionen der Kaiser.

Es ist schon oben (§. 1408. S. 150.) bemerkt worden, daß die ursprünglichen Testamente, sowohl das testamentum calatis comitiis factum, als das in procinctu, testamenta publica waren. Beyde waren mit Schwierigkeiten verbunden. Denn calata comitia wurden nur zweymal im Jahre wegen der Testamente gehalten, und testamenta in procinctu konnten nur zur Zeit des Krieges gemacht werden, wenn das Heer zum Kampfe gerüstet war, und die Krieger unter den gewöhnlichen religiösen Ceremonien in die Reihen waren gerufen worden. So berichten uns Gajus [5]), Festus [6]), und Theophilus [7]). Diese Schwierigkeiten, welche auch wohl noch die Pontifices durch ihren Eifer für die Erhaltung

5) *Institut.* Comm. II. §. 101.

6) *De Verb. Signif.* v. Endo procinctu. und v. Procincta classis.

7) *Paraphr. graec. Institut.* Lib. II. Tit. 10. §. 1.

der sacrorum privatorum, gegen die Aufhebung derselben durch die sacrorum detestatio, welche nach Gellius [8]) mit den Testamenten in der genauesten Verbindung stand, vermehrten, wozu denn auch noch insonderheit [9]) die Unbequemlichkeit kam, den Namen des Erben öffentlich nennen zu müssen, veranlaßten noch vor dem Aufhören der öffentlichen Testamente die Entstehung der Privattestamente [10]). Denn plötzliche Todesgefahr konnte machen, daß weder das eine noch das andere jener Testamente möglich war. Dieser Umstand wird vom Gajus [11]), mit dem auch Theophilus [12]) übereinstimmt, als der Veranlassungsgrund einer dritten Testamentsform, nämlich der *per aes et libram*, an-

8) *Noct. Attic. Lib. XV. c.* 27. S. Gans Erbrecht 2. Bd. S. 58.

9) Dernburg's Beyträge zur Gesch. der Röm. Testamente. §. 17. S. 95. f.

10) Ueber die mancherley Schwierigkeiten besonders bey den Testamenten calatis comitiis, vergleiche man noch vorzüglich Schraders rechtsgeschichtliche Bemerkungen Nr. II. in Hugo civilist. Magazin 5. Bd. S. 154. ff.

11) *Comm. II.* §. 102. — qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is, *si subita morte urguebatur*, etc.

12) Cit. loc. Tom. I. pag. 330. edit. *Reitz.* wo es nach der Uebersetzung von Reitz heißt: *Porro quum haec duo essent genera, accidebat, ut nonnulli repentino morbo correpti, morerentur intestati; neque enim calatis comitiis testabantur, quia nondum tempus aderat, neque procincta, quia bellum non erat: aliter autem testari, aliquis inauspicatum credebat sano corpore. Ideo excogitatum est genus tertium, quod dicebatur* PER AES ET LIBRAM, *fiebatque per emancipationem.*

gegeben. Daher sagt Ulpian [13]: Testamentorum genera fuerunt tria, unum, quod calatis comitiis, alterum, quod in procinctu, tertium, quod *per aes et libram* appellatum est, und wenn es bey Gajus [14], so wie in Justinians Institutionen [15] heißt: Accessit deinde tertium genus testamenti, quod *per aes et libram* agitur, oder wie die Worte in unsern Institutionen lauten: quod dicebatur *per aes et libram*; so deutet das *accessit* ohne Zweifel darauf hin, daß die drey Testamente noch eine Zeitlang zusammen fortbestanden haben [16], bis die beyden erstern durch Nichtgebrauch veralteten [17]. So war also das testamentum *per aes et libram* das älteste Privattestament. Daß dieses Testament sein Daseyn der erst durch das Zwölftafelgesetz: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*, eingeführten Testamentsfreyheit verdanke, wie Alb. Diet. Trekell [18] zu behaupten sucht, ist wohl eben so unrichtig, als die Meinung Franz Balduins [19], daß es durch die

13) *Fragm. Tit. XX.* §. 2.

14) *Comm. II.* §. 102. init.

15) §. 1. *J. de testam. ordinand.* (II. 10.)

16) S. Dernburg's Beyträge. 1. Kap. §. 4. S. 25. lit. b.

17) Gajus *Comm. II.* §. 103. Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt: hoc vero solum, quod *per aes et libram* fit, in usu retentum est. Ulpianus *Fragm. XX.* 2. Illis duobus testamentis abolitis, hodie solum in usu est, quod *per aes et libram* fit.

18) Tr. de origine atque progressu testamentifactionis praes. apud Roman. Cap. III. §. 23. et 24. pag. 118. sqq.

19) Commentar. de legibus XII. Tabular. Cap. XXIX. pag. 118. sq. (edit. *Basileens.* 1557. 8.)

XII Tafeln selbst eingeführt worden sey, welche ersterer widerlegt. Wahrscheinlich war es schon vor den Gesetzen der XII Tafeln bekannt. Denn Gellius[20]), Gajus[21]), Ulpian[22]), Justinian[23]), und Theophilus[24]), welche alle von den verschiedenen Arten der ältern Römischen Testamente handeln, haben dabey auf die XII Tafeln auch nicht die geringste Rücksicht genommen. Daß die zwölf Tafeln die Mancipation bestätigten, wenn gleich nicht gerade in Bezug auf die Testamentserrichtung, lehren uns die Vaticanischen Fragmente[25]). Noch merkwürdiger aber ist es, daß Cicero[26]) bey Gelegenheit eines Rechtsstreits über

20) *Noct. Atticar.* Lib. XV. Cap. 27.

21) *Comm. II.* §. 101. — §. 104.

22) *Fragm.* XX. 2.

23) §. 1. *J. de testam. ord.*

24) *Paraphr. gr. c. l.*

25) *Juris civ. Antejust. Vaticana Fragmenta* §. 50. (pag. 47. edit. *de Buchholtz*) quia et *mancipationem*, et in iure cessionem *lex XII. Tabularum confirmat.* S. Schillings Bemerkungen über Röm. Rechtsgeschichte. S. 96.

26) *De Oratore Lib. I. cap.* 57. Es ist daselbst von einem Testamente die Rede, worin ein Vater seinen beym Heere sich befindenden Sohn übergangen hatte. Cicero sagt zu dem Redner, der das Testament angreifen will: Tu vero, vel si testamentum defenderes, sic ageres, ut omne omnium testamentorum ius in eo iudicio positum videretur; vel si causam ageres militis, patrem eius, ut soles, dicendo a mortuis excitasses, statuisses ante oculos, complexus esset filium, flensque eum Centumviris commendasset: lapides mehercule omnes flere ac lamentari coegisset, ut totum illud: *Uti lingua nun-*

ein Testament das Gesetz der XII Tafeln: *Uti lingua nuncupassit* anführt, wo man jenes: *Uti legassit* erwartet hätte, wenn man erwägt, daß das Gesetz der XII Tafeln: *Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* [27]), sich auf alles bezog, was per aes et libram geschahe [28]), und

cupassit, non in XII Tabulis, quas tu omnibus bibliothecis anteponis, sed in magistri carmine scriptum videretur. Man sehe über diese Stelle Dernburg's angef. Beyträge zur Gesch. der Röm. Testamente. 2. Kap. §. 17. S. 103. Not. 31.

27) Festus de V. S. voc. *Nuncupata*. S. Dirksen's Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente S. 397. ff.

28) Sext. Pomp. Festus *de Verb. Signif.* voc. Nexum. (pag. 13. edit. *Ursin.* 1583. 8.) Nexum est, *ut ait* Gallus Aelius, *quodcunque per aes et libram geritur, idque necti dicitur: quo in genere sunt haec, testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio.* Eben so *M.* Ter. Varro *de Lingua Latina Lib. VI.* pag. 100. (edit. *bipont.* 1788. 8.) Nexum, Manilius *scribit, omne, quod per aes et libram geritur, in quo sint mancipi* (mancipia i. e. mancipationes) Cicero *de Oratore* Lib. III. cap. 19. Nexum, *quod per libram geritur.* In dieser Bedeutung war unter *nexum* auch *mancipium* begriffen. Denn es bezeichnete jedes nach quiritarischem Rechte per aes et libram vollzogene Geschäft. Mucius Scävola war zwar anderer Meinung, wie Varro a. a. O. sagt. Er unterscheidet zwischen *nexum* und *mancipium.* Es heißt nämlich: Mucius Scaevola, *quae per aes et libram fiant, praeterquam quae* mancipio *dantur.* Die Meinungen lassen sich aber vereinigen, wenn man die weite und engere Bedeutung von *nexum* unterscheidet. In der engern Bedeutung geht *nexum* blos auf die Entstehung einer Obligation per aes et libram; *mancipium* aber auf die Ueber-

in der ausgebildeten Kunstsprache der Römischen Rechtsgelehrten *mancipatio*, oder auch, wie z. B. bey Gellius, und in den Institutionen Justinian's, nach der durch Theophilus bestätigten Lesart, *emancipatio* genennet wird [29]. Dieß ist aber gewiß nicht erst durch

tragung des Eigenthums einer Sache per aes et libram. Nach dieser Erklärung hält Varro die Meinung des Mucius Scävola mit Recht für richtiger. Hoc verius esse, sagt er, ipsum verbum ostendit, de quo quaeritur. Nam idem, *quod obligatur per libram*, neque suum fit, inde *Nexum* dictum. So haben auch wohl die XII Tafeln Beydes *nexum* und *mancipium* unterschieden. Es war aber auch ein Unterschied zwischen *nexum* und *nexus*. Jenes bezeichnete das Veräusserungsgeschäft selbst, dieses aber die Feyerlichkeit der Mancipation per aes et libram. Daher *nexu traditio* bey Cicero *in Topic. c.* 5. und *nexu se obligare* bey Cicero *pro Murena c.* 2. Man vergleiche hier vorzüglich *Car. Guil. Ern.* Heimbach Diss. de C. Aelio Gallo ICto eiusque fragmentis praes. *Christ. Gottl.* Hauboldo def. *Lipsiae* 1823. 8. Excurs. I. ad C. Aelii Galli Fragm. VII. apud Festum v. *Nexum*. Die Mancipation ist nun zwar hier nur eine imaginaria venditio, aber eben deswegen anzunehmen, daß diese Handlung ursprünglich ein wirklicher Kauf war, wobey der Kaufpreis sofort zugewogen worden. Erst späterhin wurde das Zuwägen imaginär, wie man die Mancipation auf andere Geschäfte ausdehnte, und überhaupt, wo sie nur durch Uebertragung des Eigenthums angewendet wurde. S. Ge. Fried. Puchta Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen. (München 1829. 8.) in den Bemerkungen Nr. V. vom Nexum. S. XXVIII. — XL. Man vergleiche auch noch Niebuhr Röm. Geschichte. 1. Th. S. 639. ff. (der 3. Ausg. Berlin 1828. 8.) und Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthümer. §. 252. der zweyt. Ausg.

29) S. Hugo Rechtsgesch. S. 144. der 8. Aufl. *Ed.* Bob-

die XII Tafeln eingeführt worden, welche bekanntlich nichts Neues enthalten, sondern nur dasjenige, was schon durch ein längst bestandenes Gewohnheitsrecht eingeführt war, bestätigten [30]. Eben so ging das oben [31] vorgekommene Gesetz der XII Tafeln: *Qui se sierit*

cking Commentat. de mancipii causis. (*Berolini* 1826. 8.) pag. 15. sqq. und Schillings Bemerkungen über Röm. Rechtsgesch. S. 87. Not. 209. Man vergl. auch Brissonius de Verb. Signif. voc. *Emancipare*.

30) S. Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthüm. §. 448. S. 647. der zweyt. Ausg. und Dernburgs Beyträge zur Gesch. der Röm. Test. §. 2. S. 15 ff. Ulpian, welcher *Fragm. Tit. XI.* §. 14. das Gesetz der XII Tafeln: *Uti legassit* wörtlich anführt, sagt dennoch *L.* 130. *D. de Verbor. Signif.* lege duodecim tabularum testamentariae hereditates *confirmantur*, und Gaius *Comm. II.* §. 224. welcher ebenfalls dieselbe lex XII tabularum wörtlich anführt, sagt nicht, es sey dadurch die Testamentsfreyheit eingeführt worden, sondern braucht den Ausdruck *cavetur*, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur. Nur wo bestimmt die Rede ist von einem erst neu eingeführten Rechtssatze, brauchen die Röm. Rechtsgelehrten das Wort introducere. S. Dernburg's angef. Beyträge. §. 4. Not. 26. S. 28. ff. Wie wenig der Schluß gilt, daß ein Rechtssatz, der in den XII Tafeln enthalten ist, eben deswegen auch durch dieselben müsse eingeführt worden seyn, und wie wenig darauf ein Beweis gegründet werden könne, daß er früherhin nicht da gewesen sey, davon giebt die Stelle Ulpians *L.* 1. *pr. D. de curator. furios.* den deutlichsten Beweis, wenn er daselbst sagt: *Lege duodecim tabularum* prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod *moribus* quidem ab initio introductum est. S. Dernburg §. 2. Not. 8. S. 12. f.

31) S. den 33. Th. §. 1399. a. S. 318.

testarier, unstreitig auch auf die Mancipation [32]), sicher war aber dieses schon vorher Gewohnheitsrecht. Und wenn, wie Plutarch [33]) berichtet, Numa den Vestalinen das Privilegium gegeben hat, sobald sie vom Pontifex Maximus als Priesterinen waren eingeführt worden, von väterlicher Gewalt und der Tutel befreyt zu seyn, welches auch so in den XII Tafeln verordnet seyn soll, wie Gajus [34]) sagt; und wenn sie, wie Gellius [35]) uns lehrt, hierdurch das Recht erhielten, ein Testament zu machen; so konnten doch wohl Vestalinen nicht calatis comitiis testiren, weil Frauenspersonen, wie bekannt, bey den Römern nicht in öffentlichen Versammlungen erscheinen durften [36]). Es muß also gewiß schon vor den XII Tafeln Privattestamente gegeben haben, weil sie ja sonst nicht hätten testiren können [37]). Nun gab es aber, wie Gajus und Ulpian bezeugen, mit denen auch Gellius [38]) übereinstimmt, ausser den auf Weiber nicht passenden Testamentsformen calatis comitiis und in procinctu, nur noch die Mancipations-

32) S. Dernburg's Beyträge. §. 3. S. 21. f. und den 33. Th. dieses Commentars. §. 1404. S. 350. ff.

33) *In vita Numae* Cap. 10. S. Dernburg's Beyträge. §. 13. Not. 82. S. 74. f. und den 33. Th. des Commentars. §. 1404. d. S. 397. f.

34) *Comm. I.* §. 145. pag. 71. *edit. sec.*

35) *Noct. Atticar.* Lib. I. Cap. 12.

36) Gellius *Noct. Attic. Lib. V. cap.* 19. Cum feminis nulla comitiorum communio est. S. Christ. Ferd. Schulze von den Volksversammlungen der Römer. 2. Abschn. 3. Kap. S. 181. f.

37) Dernburg's Beyträge. S. 75. Not. 83.

38) *N. A.* Lib. XV. Cap 27.

form per aes et libram. Daß nun Frauenspersonen über ihr Vermögen per aes et libram testiren konnten, hat keinen Zweifel [39].

Die Mancipationsform bestand nun, wie Gajus [40]), Ulpianus [41]) und Justinian [42]) lehren, in einem feyerlichen Scheinverkaufe des Vermögens an einen familiae emptor durch aes und libra, wobey, wie bey jeder andern mancipatio [43]), fünf Zeugen, welche Römische Bürger und mündig seyn mußten, nebst einem libripens erfordert wurden. Auch dieser libripens wurde, wie Gajus [44]) bemerkt, zugleich mit als Zeuge betrachtet. So bildete sich also das Mancipationstestament nach dem Testamente calatis comitiis. Denn die Zeugen sollten bey diesem Testamente wohl ohne Zweifel das auf den Comitien versammelte Röm. Volk vorstellen, welche auch mit dem von daher entlehnten Namen Quirites als Zeugen angerufen wurden [45]). Gajus [46]) nennt die mancipatio ein ius proprium civium Romanorum, und sie war gewiß schon vor den XII Tafeln so bekannt, und den Römern so geläufig [47]), wie die stipulatio.

39) S. Dernburg's angef. Beyträge. 5. Kap. §. 31. S. 269 ff.

40) *Comm. II.* §. 104.

41) *Fragm. Tit.* XX. §. 2.

42) §. 1. *J. de testam. ord.*

43) Gajus *Comm. I.* §. 119. Ulpian. *Fragm. Tit. XIX.* §. 3.

44) *Comm. II.* §. 107. De *libripende* eadem, quae de testibus, dicta esse intellegemus: *nam et is testium numero est.*

45) S. Dernburg's Beyträge S. 23. Not. 21. und Gans Röm. Erbrecht. 2. Bd. S. 86. f. und S. 89.

46) *Comm. I.* §. 119.

47) Dernburg S. 82. Not. 6.

Wie man sich aber die Anwendung einer Form, die auf wirkliche Veräusserungen, also auf Rechtsgeschäfte berechnet war, bey denen sogleich, und auf eine für den Uebertragenden bindende Weise ein Recht übertragen wird, auf ein Rechtsgeschäft, dessen Hauptcharacter in der Widerruflichkeit und Einseitigkeit besteht, und überhaupt den Zusammenhang dieses Testaments mit dem ältern calat. comitiis zu erklären habe, ist freylich eine schwierige Aufgabe, welche viele schon aufzulösen versucht haben, aber wenigen gelungen ist. Die verschiedenen Ansichten der ältern Rechtsgelehrten sind schon von Dernburg [48]), desselben eigene aber von Gans [49]) geprüft worden. Wir gehen den sichersten Weg, wenn wir uns an Gajus und Theophilus halten, welche uns über den Entstehungsgrund und die allmählige Ausbildung dieses Testaments, dessen Form ursprünglich anders war, als zu den Zeiten des Gajus, ausführlichere und genauere Nachrichten geliefert haben, als wir in Justinians Institutionen finden. Gajus giebt nun den Unterschied zwischen der ältern und neuern Art, per aes et libram zu testiren, folgendermassen an. Er sagt *Comm. II.* §. 102.

Accessit deinde tertium genus testamenti, quod *per aes et libram* agitur. Qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet: quod testamentum dicitur *per aes et libram*, scilicet quia *per mancipationem* peragitur.

48) Beyträge. 2 Kap. §. 16. u. §. 17. S. 88. — 107.

49) Römisches Erbrecht, oder des Erbrechts in weltgeschichtlicher Entwickel. 2. Bd. 2. Abschn. 1. Kap. S. 75 — 82.

§. 103. Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod *per aes et libram fit*, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, atque olim solebat: namque olim *familiae emtor*, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, *heredis locum obtinebat*, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet: nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emtor adhibetur.

§. 104. Eaque res ita agitur: qui facit, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, quinque testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam: in qua re his verbis familiae emtor utitur: *Familiam pecuniamque tuam endo mandatam tutelam custodelamque meam (recipio, eaque), quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere*, et ut quidam adiiciunt, *aeneaque libra*, *esto mihi empta*: deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori, velut pretii loco, deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: *Haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*; et hoc dicitur *nuncupatio*: nuncupare est enim palam nominare; et sane, quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.

§. 105. In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiae emtoris, aut ipsius

testatoris, quia propter veteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emtorem agi et testatorem: quippe olim, ut proxime diximus, is, qui familiam testatoris mancipio accipiebat, loco heredis erat, itaque reprobatum est in ea re domesticum testimonium.

Nach dieser Darstellung des Gajus, der wir vollkommenen Glauben beymessen können, vertrat also anfangs nicht der Erbe selbst zugleich die Stelle des familiae emtor, wie man den Gajus falsch verstanden hat [50]), sondern es war gerade umgekehrt, anfangs vertrat der familiae emtor die Stelle des Erben, nachher aber wurde ein besonderer Erbe im Testamente selbst ernannt, und eine andere, von dem Erben verschiedene Person, wurde blos zur Nachahmung des ältern Rechts, als familiae emtor dazu genommen [51]). Die alteste Form des Mancipationstestaments war also nach des Gajus Darstellung folgende. Wer keine Gelegenheit hatte, calatis comitiis oder in procinctu zu testiren, und durch eine plötzliche Krankheit in Furcht gesetzt wurde, die comitia testamenti faciendi nicht mehr zu erleben, nahm,

50) Theophilus *in paraphr. gr.* gab zu diesem Mißverstande selbst Veranlassung, der das heredis locum obtinere, oder loco heredis esse von dem heres esse nicht scharf genug unterscheidet. Trekell Tr. de origine et progr. testamenti fact. praesert. apud Roman. Cap. III. §. 29. pag. 133. tadelt auch deswegen den Theophilus, daß er gemeint habe, in den ältesten Zeiten sey der familiae emtor der Erbe selbst gewesen, wogegen ihn *Gottl.* Wernsdorf in Observat. de familiae emtore ipso herede in testamento per aes et libram condito. *Wittebergae* 1780. 8. zu vertheidigen sucht. Auch Schrader vom Ursprunge der Vertragsform (aes et libra) bey den Testamenten der Römer, im Hugo civilist. Magazin 5. Bd. S. 161. sagt, der beym Testamente per aes et libram vorkommende familiae emtor sey mit dem Erben eine Person gewesen. Man vergleiche jedoch Dernburg's Beyträge S. 121. Not. 44.

51) S. Puchta Lehrb. für Institutionen Vorlesungen, in den Bemerkungen Nr. VIII. von dem ältesten Testamentum per aes et libram. pag. XLII—XLV.

um die Intestaterben auszuschließen, eine damals übliche Veräusserungsform zu Hülfe. Die geläufigste war die Mancipationsform. Est autem *mancipatio*, sagt Gajus [52]), imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est, eaque res ita agitur, adhibitis non minus quam quinque testibus, civibus Romanis puberibus, et praeterea alio eiusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur *libripens*. Eben dieser Gajus [53]) sagt: Fere semper mancipationibus utimur: quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud Praetorem, aut apud Praesidem provinciae quaerere. Man wählte sich also einen treuen Freund, und mancipirte ihm das ganze Vermögen (familia). Diesen Freund bat nun der Testator, das Vermögen nach seinem Tode denen auszuliefern, welchen er dasselbe zugedacht hatte. Ein solches Testament hieß, wie Gajus sagt, eben darum per aes et libram, weil es durch Mancipation geschahe. Diese Mancipation ward nun, wie jede andere, so vollzogen, daß fünf Zeugen, welche römische Bürger und mündig seyn mußten, und ein libripens dabey erfordert wurden. Der familiae emtor bediente sich dabey der Formel: *Familiam pecuniamque tuam endo mandatam tutelam custodelamque meam recipio*, u. s. w. wie sie Gajus angegeben hat, und schlug mit einem Stückgeld, welches anfangs wohl nur ein rohes Stück Kupfer (raudusculum) war, an die Wage, welche der libripens leitete, und gab dieses dem Testator statt des Kaufpreises. Nach dieser ursprünglichen Form des Testaments per aes et libram wurde also kein Erbe im Testament eingesetzt, sondern der familiae emptor vertrat dessen Stelle. Durch seine Hand ging also die Vertheilung der Erbschaft an die Personen, welchen sie der Testator zukommen lassen wollte. Mandabat testator familiae emtori, sagt Gajus, quod cuique post mortem suam dari vellet. Aus dieser Darstellung erhellet nun klar, daß

52) *Comm. I.* §. 119.

53) *Comm II.* §. 35.

der familiae emtor nicht Erbe war, welches auch die Ausdrücke, deren sich Gajus bedient, olim familiae emtor heredis locum obtinebat, ferner loco heredis erat, deutlich genug beweisen. Diese Ausdrücke werden nie von einem wahren Erben gebraucht. So wird von denen, welchen der Prätor die bonorum possessio giebt, nur gesagt: *loco heredum* constituuntur, quia Praetor heredem facere non potest [54]); und eben so war auch der Fideicommissar kein wahrer Erbe. Praetor enim *utiles actiones* ei et in eum, qui recepit hereditatem (*ex fideicommisso*), *quasi heredi* et in heredem dare coepit [55]). Die Vollziehung des Geschäfts blieb jedoch bis zum Tode aufgeschoben, so wie dieses später bey der donatio mortis causa und den Fideicommissen auf eine ähnliche Art geschahe. Denn da das ganze Geschäft nur zum Schein vorgenommen wurde, so konnte der Mancipant, so lange er lebte, im Besitz seines Vermögens bleiben, von Seiten derer, an welche das Vermögen nach seinem Tode vertheilt werden sollte, hatte er auch wegen etwaiger Lebensnachstellung nichts zu befürchten, weil sie von den ihnen zugedachten Vortheilen nichts erfuhren; und da der familiae emtor am Fortbestehen des Geschäfts gar kein pecuniäres Interesse hatte, sondern blos seine Freundschaft und Treue in Anspruch genommen wurde, so blieb dem Mancipanten auch die freye Willkühr bis zu seinem Tode, seine gemachte Disposition wieder abzuändern, und entweder dem familiae emtor neue Aufträge zu geben, oder durch Remancipation das Ganze wieder aufzuheben. Auf solche Art hatte sich der Mancipant durch die Form einer Uebertragung des Vermögens unter den Lebenden per aes et libram, gegen welche der Angriff der Intestaterben nichts vermochte, alle Widerruflichkeit und alle freye Willkühr eines Testaments erhalten, und hierin liegt gerade das Characteristische, wodurch sich dieses Geschäft vom deutschen Erbvertrage sichtbar unterscheidet [56]). Da nach

54) Gajus *Comm. III.* §. 32. und Justin. §. 2. *J. de bonor. posses.* (III. 9.) 10.)

55) Gajus *Comm. II.* §. 253.

56) Dernburg S. 98. f.

der ursprünglichen Beschaffenheit des Mancipationstestaments der familiae emtor das Ansehen eines fiduciarius hatte, der mit einem Universalfideicommiß beschwert worden, so hätte man glauben sollen, alles hätte, so wie bey Fideicommissen im Anfange ihres Entstehens vor Augustus [57]), von der Treue und Redlichkeit des familiae emtor abgehangen, es habe daher nach dem Tode des Mancipanten keine Klage gegen ihn von Seiten derjenigen Statt gefunden, denen der familiae emtor aus Auftrag des Erblassers was zu geben hatte. Allein so war es bey dem testamentum per aes et libram nicht. Es trat hier das Gesetz ein: *Qui nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.* Durch die linguae nuncupatio ward daher der familiae emtor verpflichtet, eben so wie der wahre Erbe durch das Gesetz: *Uti legassit suae rei ita ius esto*, mit welchem auch Cicero [58]) jenes erste Gesetz in Verbindung bringt.

57) Gajus *Comm. II.* §. 285. und §. 1. *et* §. 11. *J. de fideic. heredit.* (II. 23.)

58) *De oratore Lib. I. Cap.* 57. S. Not. 26.

Berichtigungen und Zusätze.

S. 58. habe ich mit Hugo und Zimmern die fictio legis Corneliae aus der *lex Cornelia de falsis* oder *testamentaria* abgeleitet. Dagegen hat aber H. Prof. Schilling in den Bemerkungen über Römische Rechtsgeschichte S. 285. f. sehr bedeutende Zweifel erhoben. Paulus *Sentent. Recept Lib. III. Tit.* 4. *A.* §. 8. und *L.* 22. *pr. D. de captiv.* scheinen auf eine eigene lex Cornelia hinzudeuten.

Zu §. 1412. Z. 2. calatis icomitiis. Im Th. 33. S. 338. ist einmal comitia calata gesetzt worden. Es sollte also auch wohl dort umgekehrt heissen *calata* comitia. S. Hugo Rechtsgesch. S. 168. der 8. Ausg. Warum gilt es denn aber den Klassikern gleich, ob sie comitia curiata, oder curiata comitia sagen? S. Liv. V. 52. Gellius XV. 27. Cicero *de lege agrar. II.* 10. *Calare* von *καλεῖν* heißt doch nichts anders, als convocare. S. Gellius c. l. und Macrob. *Saturn. I.* 15.

S. 186. Not. 13. ist noch Mittermaier in den Grundsätzen des gemein. deutsch. Privatrechts §. 409. a. E. S. 746. der 3. Ausg. zu vergleichen.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich << von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 34,1

Erlangen (1830)

J.rom.c. 137-34,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565440-9
VD18 90225465